revista

Justicia Laboral

revista de DERECHO del TRABAJO
y de la SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR
Ignacio García-Perrote Escartín

editorial
LEX NOVA

REVISTA
Justicia Laboral

CONSEJO ASESOR

Jesús Cruz Villalón Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Cádiz. **Javier Gárate Castro** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Santiago de Compostela. **Joaquín García Murcia** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo. **José María Goerlich Peset** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia. **José Luis Goñi Sein** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Pública de Navarra. **Julia López López** Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Pompeu Fabra. **Lourdes Martín Flórez** Uría & Menéndez. Abogados. **José Luis Monereo Pérez** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Granada. **Jesús R. Mercader Uguina** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Cantabria. **María del Carmen Ortiz Lallana** Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de La Rioja. **Luis Enrique de la Villa Gil** Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Autónoma de Madrid. Abogado.

DIRECTOR

Ignacio García-Perrote Escartín

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Departamento Laboral de Uría & Menéndez. *Abogados.*

SECRETARÍA TÉCNICA

Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Cantabria.

© LEX NOVA 2002

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.
	General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	atn.cliente@lexnova.es
ISSN	1576-169X
DEPÓSITO LEGAL	VA. 157-2000

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Justicia Laboral
REVISTA de DERECHO del TRABAJO y de la SEGURIDAD SOCIAL **Nº 11** AGOSTO 2002

Sumario:

EDITORIAL:

[5] **"Ingeniería contractual" y sus límites jurisprudenciales: el contrato eventual discontinuo o "a llamada", a debate**
IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

[11] **Las reformas en materia de desempleo (y no sólo las del Real Decreto-Ley 5/2002)**
PEDRO RABANAL CARBAJO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[65] I. FUENTES DEL DERECHO
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

[77] II. TRABAJADOR
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

[105] III. EMPRESARIO
JESÚS CRUZ VILLALÓN

[117] IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

[133] V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL
JESÚS R. MERCADER UGUINA

[155] VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

[205] VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

[223] VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA
JAVIER GÁRATE CASTRO

[231] IX. SEGURIDAD SOCIAL
JULIA LÓPEZ LÓPEZ

[253] X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

[283] XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

[291] XII. EL PROCESO LABORAL
LOURDES MARTÍN FLÓREZ

[307] XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO
JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[315] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

"INGENIERÍA CONTRACTUAL" Y SUS LÍMITES JURISPRUDENCIALES: EL CONTRATO EVENTUAL DISCONTINUO O "A LLAMADA", A DEBATE

Que la contratación temporal, pese al proceso de desaceleración que vive en los últimos años, continúa resultando la pieza esencial de nuestro actual mercado de trabajo resulta una realidad difícilmente contestable. Los datos estadísticos ponen de relieve el empuje que los tipos contractuales de duración determinada tienen sobre el conjunto de mecanismos de los que goza el poder de organización empresarial a la hora de definir sus estrategias competitivas. Y de los datos estadísticos también se deduce, sin atisbo de duda, cómo el papel protagonista dentro del repertorio de modelos contractuales se centra en los de obra o servicio determinado y, muy especialmente, en el de eventualidad, número uno en el ranking.

En el anterior contexto y dentro de una acusada política en la que la legislación, por omisión, y la jurisprudencia, por acción, han venido flexibilizando el recurso a las diversas modalidades de trabajo temporal, se ha producido, como resultado, un progresivo debilitamiento del principio de causalidad contractual, fundamento y principio objetivador básico del recurso a estas formas contractuales. El reconocimiento de la posibilidad del uso del término resolutorio en el contrato para obra o servicio determinado; la admisión de los supuestos de sucesión contractual como técnica lícita derivada del principio de libertad negocial o el recurso a interpretaciones que inciden en el proceso de relajación de las garantías formales exigidas normativamente para la realización de este tipo de contratos son factores que subrayan esta tendencia apuntada. A ella se han unido diversas formas de lo que cabría calificar como de "ingeniería contractual"; esto es, la que busca reconstruir, integrar y, al límite, redefinir los tipos contractuales clásicos, tratando de extraer de su esencia dosis más elevadas de flexibilidad.

En los últimos tiempos, estas formas ingenieriles han recurrido al contrato de eventualidad para sus fines. El recurso a este tipo de contrato constituye una tendencia de larga tradición en el mundo laboral. Su campo de acción ha estado centrado históricamente en aquellas actividades caracterizadas por una fuerte estacionalidad y que requieren dosis masivas de trabajo simple en momentos puntuales. La eventualidad puede apreciarse, singularmente, en trabajos coyunturales dependientes de ciclos naturales (lo que sigue siendo importante para actividades del sector agroalimentario, hostelero y, en menor medi-

da, de la construcción), o de corta duración, vinculados a lo que cabría calificar como de estacionalidad comercial unidos a las políticas comerciales generadas por las empresas productoras de bienes de consumo creando fluctuaciones derivadas de la moda o períodos de venta ligados a fechas señaladas del año (por ejemplo, los sectores de artes gráficas y grandes almacenes), o bien a otro tipo de factores.

Este viejo tipo contractual ha buscado ser rediseñado de forma más acorde con la demanda empresarial en lo que podría calificarse como contrato eventual discontinuo o, si se prefiere, eventual "a llamada". La STSJ de Murcia de 28 de noviembre de 2000 desestimó en su día la demanda presentada por la Federación de Bebidas y Tabacos de la región de Murcia- UGT, Alimentación de Murcia, en la que se pretendía la anulación del art. 21 del Convenio colectivo de manipulado y envasado de esta región, considerando que el precepto impugnado se ajustaba o superaba el test de legalidad. El tenor del que resulta ser el precepto objeto del litigio señalaba que: "Los trabajadores que se contraten bajo esta modalidad, bien sea por acumulación de tareas, exceso de pedidos, circunstancias de la producción o mercado, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, deberán suscribir el correspondiente contrato, con duración máxima de 180 días de trabajo efectivo dentro del período de 365 días, pero serán llamados al trabajo, y lógicamente retribuidos, exclusivamente los días en que sean precisos sus servicios a la empresa, dentro del período pactado y ello por posibilitarlo así el art. 3 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el art. 15 del ET, ya que se está en presencia de Convenio sectorial y se establece la duración de estos contratos en la forma expuesta, en atención al carácter estacional de la actividad".

La STSJ de Murcia de 28 de noviembre de 2000 consideró lícita dicha cláusula, sobre la base de las siguientes argumentaciones: a) dicho art. 3 del RD 2720/1998, al hablar de la duración –téngase en cuenta que existen diversos parámetros o medidas de duración o temporales– no descarta, excluye o prohíbe la posibilidad de que la duración se concrete en formas no incompatibles o prohibidas por el ordenamiento jurídico, ni tampoco excluye la retribución exclusiva de los días efectivamente trabajados; b) el art. 21 del convenio colectivo, por tanto, no es incompatible con la duración o posible duración que refiere el art. 3 del RD 2720/1998; c) no cabe hacer interpretaciones que desvirtúen el contenido y extensión de la negociación colectiva; d) el artículo del convenio colectivo respeta el "standard" mínimo legal de orden público que, a su vez, no puede ser objeto de interpretación extensiva, ya que ello redundaría en perjuicio de la negociación colectiva, que tiene reconocimiento y rango derivado de la Constitución (art. 37 de la CE); e) el fin del precepto atiende a un interés real, no se trata de un artificio caprichoso, sino que se anuda con la realidad social (art. 3 del CC), propiciando una interpretación conforme a la realidad a la que el precepto debe ser aplicado; f) el precepto en cuestión no acredita que perjudique a los trabajadores en el conjunto normativo y contexto dicho; es más, no se descarta que les beneficie; g) la forma o modalidad de contratación eventual que se recoge en el convenio se manifiesta conforme requiere la obtención del propósito al que se destina, dotándola de funcionalidad y virtualidad; h) la legalidad de un precepto no excluye el control jurisdiccional de su aplicación concreta, si fuese el caso, por

lo que no se puede descender en este ámbito de legalidad abstracta a lo que haya podido ocurrir en casos particulares, controlables como tales, e i) finalmente, la Sala, en su composición mayoritaria, sostiene que es la consecuencia jurídica acomodada a Derecho, a la luz del art. 3 del CC, que refiere: "... 1) Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. 2) La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita", y considera que no se produce ninguna de las tachas de ilegalidad que se aducen por la parte demandante. En definitiva, como se anunció, la Sala encuentra que el precepto impugnado se ajusta, acomoda o supera el test de legalidad.

Así las cosas, e impugnado en casación el referido pronunciamiento, dos importantes sentencias del Tribunal Supremo dictadas en Sala General el 17 de diciembre de 2001 han venido a matizar la anterior doctrina, declarando la ilegalidad de la referida cláusula contractual. Las sentencias referidas declaran la nulidad de la misma, considerando que: "deja en manos de la empleadora el cumplimiento del contrato por lo que a ella se refiere. El mandato convencional permite que, concertado el contrato por una duración máxima determinada, el trabajador quede obligado para todos y cada uno de los días del período pactado, mientras que el empleador únicamente lo llamará al trabajo cuando, a su solo juicio, necesite de los servicios, pudiendo incluso no llamar ningún día.(...) el contrato que autoriza el precepto convencional cuestionado es una especie de híbrido de contrato eventual, a tiempo parcial, para satisfacer trabajos fijos discontinuos, que no respeta los mínimos legales de cada uno de ellos, constituyéndose en un medio por el que el empleador puede contar con los servicios de un trabajador que queda vinculado contractualmente de manera obligatoria y que no ha de utilizar más que cuando sus servicios le sean necesarios, con olvido de que tal necesidad o su desaparición no puede ser elevada a la categoría de causa de la temporalidad y, menos aún, de la indeterminación del tiempo en el que las partes quedan vinculadas. El contrato eventual no puede ser intermitente. La intermitencia está reservada para los trabajos fijos discontinuos. El contrato a tiempo parcial exige la precisión del tiempo de efectividad de los servicios por el que se concierta, y el contrato para trabajos fijos discontinuos exige una precisión en el orden de los llamamientos".

Sin embargo, no es unánime la postura del Tribunal en relación con esta conclusión. Cuatro de sus miembros discrepan, emitiendo el correspondiente Voto Particular, en el sentido de entender, en principio, "ajustada a derecho la fundamentación del régimen de trabajo intermitente por llamada en los artículos 82 y 85 del ET y en el art. 5 del Reglamento de Jornadas Especiales de Trabajo. Estos preceptos reconocen un amplio espacio a la negociación colectiva en materia de condiciones de empleo y de ordenación del tiempo de trabajo, proporcionando, si se cumplen determinados requisitos, base suficiente para el establecimiento colectivo de intermitencias en la prestación de servicios o régimen de trabajo por llamada".

Los requisitos a que se refiere el voto discrepante son, por un lado, el respeto a las normas legales y reglamentarias de derecho necesario (art. 3.2 del ET); y, por otro, la implan-

tación del trabajo "a llamada" como condición más beneficiosa para los trabajadores (art. 3.3 del ET y principio de norma más favorable). Pues bien, según el Voto que se comenta, ambos se cumplen con la cláusula convencional cuya validez se debate:

> "La regulación del régimen de trabajo por llamada en el convenio colectivo (...) no es en realidad una regulación contraria a ley (*contra legem*), sino una regulación sobre una ordenación del tiempo de trabajo no expresamente prevista en la ley en el momento de la conclusión del convenio. No cabe hablar, por tanto, de colisión o conflicto de normas legales y convencionales, sino de regulación por parte del convenio colectivo de una modalidad de trabajo a la que la ley española, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos laborales, no había prestado atención expresa o directa, hasta la nueva redacción del art. 1 2 del RD-L 5/2001 y la Ley 12/2001, no aplicables al caso de atención a la fecha de su entrada en vigor (...). El segundo requisito también se cumple (el principio de norma más favorable). Para emitir este juicio o valoración de favorabilidad (...) esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (...) no necesita realizar una valoración económica o estratégica exhaustiva; le basta con verificar que tal valoración, llevada a cabo previamente por quienes negociaron el convenio colectivo en cuestión, es razonable y atendible (...). La alternativa al trabajo por llamada de los trabajadores eventuales en un sector de oferta de empleo caracterizada por la intermitencia, es la contratación de trabajadores eventuales por períodos de breve duración, coincidentes con acumulaciones o exceso de tareas no potenciales o previsibles sino actuales. Lo que en el régimen de 'trabajo a llamada' son interrupciones de la ejecución del contrato de trabajo se convierten, de no existir tal régimen, en decisiones de extinción o cese del contrato eventual. Desde este punto de vista, el régimen del 'trabajo por llamada' al que se refiere este litigio constituye una organización del mercado de trabajo ventajosa para los trabajadores eventuales, y no supone un abuso de derecho a la negociación colectiva de las partes que la suscribieron".

En suma, buenos e interesantes argumentos los esgrimidos tanto por la mayoría como por la minoría discrepante, pero que en este caso se han decantado a favor de una línea limitativa de la flexibilidad contractual y del diseño acausal de los tipos contractuales temporales.

No debemos concluir este editorial sin referirnos a dos importantes pronunciamientos en sede constitucional que merece la pena ser destacados del resto. En primer lugar, la STC 121/2001, de 4 de junio (Sala Segunda), que resuelve una interesante controversia sindical. La misma se centraba en determinar si la conclusión del Acuerdo suscrito entre la empresa y la sección sindical del SEPLA en Iberia LAE, SA había invadido las funciones representativas y negociadoras de la sección sindical del mismo sindicato (SEPLA) en la empresa Viva Air, SA, por cuanto los Estatutos del referido sindicato conferían plena autonomía e independencia a ambas secciones sindicales para la defensa de los intereses profesionales de sus afiliados, así como en cada una de las Compañías del Grupo Iberia. La Sala considera que no se ha producido, en este caso, vulneración del derecho de libertad sindical, sobre la base de que "la autonomía e independencia que estatutariamente se otorga a las secciones sindicales en litigio no puede, en modo alguno, transformarlas en

auténticos entes sindicales"; por ello, las lesiones que una sección sindical pueda causar a otras pertenecientes a un mismo sindicato, SEPLA, en el campo de la acción sindical, "deben ser valoradas como unas lesiones internas y, por tanto, susceptibles de ser ubicadas en el terreno de la legalidad estatutaria" (FJ 4º). Por ello, "las controversias derivadas de la estrategia sindical adoptada en el seno de una determinada organización, salvo que las mismas resultasen 'manifiesta y claramente' antidemocráticas, como señalara la STC 186/1992, de 16 de noviembre (FJ 2º), deben ser analizadas a la luz de lo establecido por sus Estatutos, puesto que lo que en tales supuestos se dirime no es la posible vulneración de un derecho fundamental, sino el cumplimiento de la legalidad por los órganos que integran el sindicato en tanto que persona jurídica". Por todo ello, "el exceso de poder o el abuso de las facultades de representación en que hubieran podido incurrir los negociadores del acuerdo objeto de la presente controversia deberían haber sido depurados en el ámbito interno del sindicato, sin que los mismos puedan trascender de dicho ámbito ni calificarse de actos de injerencia antisindical" (FJ 4º).

La Sala aborda la cuestión relativa a si el hecho de que la sección sindical recurrente fuera excluida de la negociación del Acuerdo controvertido puede ser considerado como un acto vulnerador del derecho de libertad sindical. Para dar respuesta a la anterior cuestión se analiza la naturaleza del Acuerdo, llegando a la conclusión de que si bien es cierto que la adopción de las decisiones en materia de acciones de saneamiento financiero, organización de Iberia, productividad y reestructuración, plan de reducción de gastos, actuaciones sobre ingresos, renovación de flotas y marco de relaciones laborales corresponde a los titulares del capital social, "no lo es menos que la llamada por la empresa a sujetos colectivos para participar en su conclusión, así como la repercusión socio-laboral de las materias objeto del acuerdo, sirve para modalizar su naturaleza y lo convierte en un típico producto de la negociación colectiva (art. 37 de la CE)". Sobre esta base, el Acuerdo queda subsumido "en el ámbito de los que la jurisprudencia y la doctrina han venido en denominar pactos extraestatutarios o de eficacia limitada, al derivar de una intervención sindical admitida y asumida por la empresa dentro de su ámbito de gestión empresarial y que limita sus efectos a la estricta esfera funcional en la que ha sido concluido". Así centrada la controversia, la cuestión fundamental a resolver es la de la determinación de los efectos constitucionales que para el referido Acuerdo de Viabilidad tiene el que el mismo hubiera incluido condiciones laborales que afectan el interés de sujetos que no han tenido intervención en el mismo. El Tribunal resuelve que no le corresponde a él enjuiciar la licitud de las estipulaciones para terceros contenidas en el pacto, máxime al ser el fundamento real de la reclamación efectuada la lesividad que sobre ellos producía, cuestión que "resultaba del todo ajena al derecho de libertad sindical y plenamente inmersa en el ámbito de la estricta legalidad ordinaria" (FJ 5º), lo que conduce a la desestimación del amparo.

Por otro lado, interesa, igualmente, destacar la STC 136/2001, de 18 de junio, en la que el Tribunal Constitucional, en línea con lo en su día establecido por la STC 224/1999, de 13 de diciembre, vuelve a enfrentarse con un problema de acoso sexual. El Tribunal Constitucional considera imprescindible para construir el juicio de constitucionalidad, "determinar con precisión si, en el supuesto enjuiciado, los datos declarados como probados en la instancia, que sirvieron de base para la declaración de nulidad del despido y

que, posteriormente, se estimaron insuficientes por el Tribunal Superior, revisten la necesaria entidad para ser considerados como indicios suficientes de un acoso sexual, vulnerador de los derechos fundamentales de la recurrente". A tal efecto, se hace preciso determinar, en primer término, "la objetividad y la gravedad del comportamiento los presupuestos sobre los que asienta la doctrina constitucional la posible existencia de acoso sexual" y, por tanto, "los elementos que deberán ser valorados a la hora de suministrar los elementos iniciales de prueba que permitan al Juez presumir la posible existencia de los hechos discutidos". De este modo, proyectadas las anteriores exigencias sobre los hechos acaecidos, considera que de los mismos no resultan elementos que nos conduzcan a interpretar de otro modo, a la luz de los derechos y valores constitucionales, el relato fáctico que da por sentado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el cual "no puede extraerse de los datos aportados la existencia de un principio de prueba que permita afirmar la probabilidad de la existencia del acoso sexual denunciado". La Sala concluye, por ello, que "sin descartar la realidad psicológica del acoso que la actora dice haber sufrido, los hechos psicológicos sólo pueden probarse a través de hechos físicos y de los aquí presentados no cabe extraer, razonablemente y habida cuenta de los límites de nuestra jurisdicción, la existencia de una situación discriminatoria o lesiva del derecho fundamental" (FJ 6º).

Finalmente, queda por reseñar una importante sentencia de notable interés práctico vinculada con lo que hemos llamado el "Derecho Administrativo Laboral", y, más en concreto, con su vertiente sancionadora. La STS, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 2001, estima un recurso de casación en interés de ley, declarando como doctrina legal, en su Fundamento de Derecho Décimo, que el cómputo del plazo de caducidad de seis meses (establecido en el art. 20.3 del Real Decreto 928/1998, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social) se inicia en la fecha en la que la Inspección levante el acta de infracción correspondiente, y no, por el contrario, en la fecha en la que se haya producido la visita de la inspección –de la que el acta trae causa–, si esta última fuere anterior, finalizando en la fecha en la que es notificada la resolución del procedimiento sancionador.

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

Las reformas en materia de desempleo (y no sólo las del Real Decreto-Ley 5/2002)

PEDRO RABANAL CARBAJO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo Universidad de Vigo

Sumario:

I. Introducción. II. Las reglas generales de la protección por desempleo. A) Beneficiarios. a) Ajenidad. b) Involuntariedad. c) Alta. d) Fijos discontinuos. e) Penados en instituciones penitenciarias. f) La protección por desempleo agrario. B) Situación legal de desempleo. a) La actitud del beneficiario ante la extinción. b) La calificación del despido y su nueva irrelevancia a efectos de configurar la situación legal de desempleo: acreditación de esa situación. c) La nueva distinción entre la causa de la situación legal de desempleo y la propia situación legal de desempleo: las vacaciones no disfrutadas. d) Extinción por acciones de movilidad geográfica y funcional: reinterpretación de la norma reglamentaria e) Reducción de la jornada de trabajo: estado de la cuestión. C) No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación: su rebasamiento y la cotización. D) Desempleo e incapacidad temporal, maternidad y excedencias por cuidado de familiares. E) Compromiso de actividad y colocación adecuada. a) Compromiso de actividad. b) Colocación adecuada. F) La movilidad geográfica de los desempleados. G) Nuevas normas de compatibilidad: la subvención salarial al empresario. a) Contratación de desempleados subsidiados. b) Sustitución de trabajadores con permiso de formación. **III. Nivel contributivo.** A) Prestación y trabajo a tiempo parcial. a) Duración de la prestación. b) Cuantía de la prestación. B) La suspensión de la prestación. a) Suspensión como sanción: su nuevo régimen legal, extinción y reincidencia. b) Su impugnación jurisdiccional. c) Suspensión por realización de trabajo inferior a doce meses: el trabajo por cuenta propia. C) Percepción de la prestación en pago único

y alternativas para el fomento del autoempleo. D) Extinción del derecho por sanción: la dualidad competencial y de órdenes jurisdiccionales. **IV. Nivel asistencial.** A) La ampliación del concepto de rentas. B) El refuerzo de los controles sobre el subsidio: nuevamente sobre la imputación presuntiva de fraude. a) El nuevo control general sobre el subsidio. b) El control específico del subsidio para mayores de 52 años. C) El subsidio para mayores de 52 años: aumento de su período de percepción. D) El subsidio de emigrantes retornados. E) La renta activa de inserción. **Bibliografía sobre desempleo.**

I. INTRODUCCIÓN

No sé si las últimas reformas habidas en materia de desempleo pueden compararse con las habidas hace ya casi una década, cuando la Ley 22/1992, de 30 de julio, redujo de forma considerable el alcance de la protección, completada por los "nuevos vientos fríos" en palabras de ESCUDERO, que trajo la Ley 22/1993, de 29 de diciembre. Desde entonces acá, aunque ha habido diversas modificaciones en la legislación sobre protección del desempleo –y algunas de ellas de notable alcance restrictivo, como, según veremos, la introducida en el art. 203.3 LGSS (desempleo parcial) por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre– los cambios legales han sido más bien de matiz, en muchas ocasiones para clarificar o mejorar la gestión –caso, mayormente, de las reformas operadas en el subsidio por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre–.

También los penúltimos cambios legales tienen un carácter menor si son comparados con los de 1992-1993. Ello no significa, sin embargo, que de entonces a ahora, el Ordenamiento haya permanecido estático, o prácticamente estático, en cuanto a la protección por desempleo. Y es que al lado de la actividad legislativa, en esta materia, ha tenido y tiene un peso específico muy notable la actividad jurisdiccional, cuya labor ha venido siendo, me atrevo a decir, tan importante o más que la legislativa en la conformación del panorama jurídico actual de la protección por desempleo. Y lo ha sido además en muy distintos sentidos. Tanto, por ejemplo, en la lucha contra el fraude, en que la actividad jurisdiccional completó, especialmente mediada la década de los noventa, la actividad administrativa de forma indispensable, como en la protección de ciertos grupos especialmente necesitados, bien que en este último caso, sin embargo, jurisdicción y administración –y junto con ésta finalmente también la legislación– no fueron por caminos paralelos. Por ello, en este estudio se abordarán también, además de las últimas modificaciones legislativas, las últimas tendencias jurisprudenciales, cuyo peso, como se acaba de decir, es notable.

El carácter menor de las penúltimas reformas que se ha puesto de manifiesto tenía explicación en la coyuntura actual. Y es que a la reducción del fraude que legislación, administración y jurisdicción consiguieron conjuntamente en la pasada década –y que no obstante ha dejado una sensación, tanto legislativa como jurisdiccional, de tendencia a la presunción de fraude probablemente nada saludable, pero que ha influido también en la última reforma legislativa– se une según parece el hecho últimamente puesto de manifiesto por los interlocutores sociales, de la recuperación de las cuentas que tanto peso tienen, en este como en todos los ámbitos de protección del Sistema de la Seguridad Social. Así, se vino sosteniendo últimamente que el saneamiento de las cuentas del desempleo, producido por la conjunción de la disminución del fraude y del número de desempleados, así como el escaso nivel de protección tanto en la cuantía de las prestaciones como en el número de parados que las perciben, ameritaba una reforma de sentido contrario a las de 1992-1993, es decir, ampliadora del nivel de protección (véase Julián ARIZA, en *Cinco Días* de 22 de enero de 2002). También en este sentido se han intentado tímidas reformas legislativas, que han pretendido modificar meramente el sistema de extinción por realización de trabajo superior a doce meses, con la intención de que las nuevas cotizaciones se sumen a las anteriores sin que la opción actual haga perder unas u otras (*vid.* proposiciones de Ley del Grupo Mixto y de Izquierda Unida, en BOCG, Congreso, Serie B, núms. 160-1 y 153-1, de 13 de julio y 15 de junio, respectivamente).

AL LADO DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA HA TENIDO Y TIENE UN PESO ESPECÍFICO LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, CUYA LABOR HA PODIDO SER INCLUSO MÁS IMPORTANTE QUE LA LEGISLATIVA EN LA CONFORMACIÓN DEL PANORAMA JURÍDICO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

En este contexto, sin embargo, se ha producido una reforma cuyos objetos declarados son "racionalizar y consolidar" el sistema, y cuya misión debe ser "ayudar a quienes con más interés buscan un puesto de trabajo" (*El País* de 25 enero 2002, *ABC* de la misma fecha), que no parece tener un carácter ampliador de la protección, sino al contrario (las opiniones aquí, no obstante, dependen obviamente de la fuente) y en la que se barajan medidas diversas, como la nueva concepción de la *colocación adecuada*, plausible si se enfoca desde el punto de vista de no fomentar un desempleo "elitista" en el que la mera incomodidad del trabajo, o la menor consideración del ofrecido con respecto al perdido que dio lugar a la prestación, hacen al beneficiario rechazar la oferta y permanecer en desempleo, pero del todo rechazable si se piensa en la aceptación de trabajos para los que el beneficiario carece de la formación precisa, lo que no tiene necesariamente que suceder sólo en sentido ascendente, es decir, cuando se ofrece un trabajo de

superior consideración al anteriormente perdido, sino que también sucede, con normalidad, cuando la situación es la contraria.

De entre las muchas clasificaciones posibles para las reformas –*vgr.*, la que podría distinguir entre reformas ampliatorias y reformas reductoras de la protección, o entre reformas directas de la normativa sobre desempleo y reformas de otras normas que inciden en el desempleo, muy sugerente esta última, como espero que se vea en algún punto de este trabajo–, he optado por seguir el orden más o menos sistemático que suelen tener los tratados generales sobre desempleo, con el fin de que el lector pueda ubicar con mayor facilidad las reformas en la legislación vigente. De este modo se abordará primero lo relativo a las reglas generales sobre la protección; después lo que atañe al nivel contributivo y finalmente el panorama del nivel asistencial.

Quedarán fuera de comentario las modificaciones legales cuyo carácter meramente de gestión o coyuntura hace innecesaria su exégesis. En tal sentido, *vgr.*, las de la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, sobre cotización al desempleo, que como se sabe, penaliza la temporalidad imponiendo a las empresas –y también a los trabajadores en una pequeña cuantía, lo que no deja de ser curioso– una cotización mayor para los contratos temporales a tiempo completo (excepto los formativos, de inserción, de relevo, de interinidad y para trabajadores discapacitados) y mayor aún para los temporales a tiempo parcial o los celebrados por empresas de trabajo temporal. Otro caso es el RD 377/2001, de 6 de abril, por el que se modifica el RD 1458/1986, de 6 junio, de Estructura orgánica del INEM, creándose una Subdirección General de Formación Continua y una Intervención Delegada de la Intervención General de la Administración del Estado. Igualmente, la operada por el art. 34.once de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que introduce una nueva DA Vigésima Quinta de la LGSS, cuyo contenido ya podía derivarse del ordenamiento anterior; a saber, por una parte, que la tramitación de las prestaciones se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades previstas, y que transcurrido el plazo máximo para dictar resolución existe silencio administrativo negativo, salvo en los casos de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos y en convenios especiales, en que es positivo.

Sin ánimo exahustivo, otras de las normas dictadas sólo en el último año y que, teniendo que ver con la protección y la gestión del desempleo, no van a ser estudiadas, dada su naturaleza y configuración, son las siguientes: RD 1124/2001, de 19 de octubre, por el que se incorporan las prestaciones por desempleo a la acción protectora prevista en el RD 2234/1981, de 20 de agosto, por el que se incluye en el Régimen General de la Seguridad Social al personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero; Orden de 2 de noviembre de 2001, por la que se modifica la Orden de 19 de abril de 2001, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas para la puesta en práctica de un programa experimental de formación e inserción laboral de demandantes de empleo en tecnologías de la información y de las comunicaciones, y se regulan las características de dicho programa; Orden de 14 de noviembre de 2001, por la que se regulan el programa de Escuelas Taller y Casas de

Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas (Corrección de errores en BOE de 30 de noviembre); Orden de 14 de noviembre de 2001, por la que se desarrolla el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el Programa de Talleres de Empleo, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho Programa (Corrección de errores en BOE de 30 de noviembre); Orden de 13 de noviembre de 2001, por la que se modifica para el actual ejercicio económico, el plazo de finalización de las Resoluciones dictadas por el Instituto Nacional de Empleo, en desarrollo de la Orden de 26 de octubre de 1998, en el ámbito de la colaboración con las Corporaciones Locales, para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y/o servicios de interés general y social; Orden de 19 de noviembre de 2001, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas públicas a personas con discapacidad dentro del ámbito de competencias del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) y se convocan las correspondientes al año 2001; Orden de 31 de enero de 2002, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002; Resolución de 18 de febrero de 2002, de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo, por la que se actualizan para el año 2002, las cuantías máximas constitutivas del importe de las subvenciones para la realización de acciones de orientación profesional para el empleo y asistencia para el autoempleo, a entidades colaboradoras sin ánimo de lucro; Orden de 25 de marzo de 2002, por la que se distribuyen territorialmente para el ejercicio económico de 2002 las subvenciones correspondientes a programas de apoyo a la creación de empleo, ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, formación profesional ocupacional, escuelas-taller, casas de oficios y talleres de empleo; RD 433/2002, de 10 de mayo, por el que se prorroga la vigencia de las disposiciones transitorias del RD 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo a favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen especial agrario de la Seguridad Social.

II. LAS REGLAS GENERALES DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

A) Beneficiarios

a) Ajenidad

Varios son los puntos a tratar en este apartado, y varios también los mecanismos jurídicos que conforman su panorama actual.

Por una parte y en cuanto a la condición de trabajador por cuenta ajena que es preciso acreditar para obtener la protección del Sistema, es ineludible tratar el problema de las empresas familiares o "cuasifamiliares" dada la atomización empresarial existente en nuestro país. El hecho es que una de las manifestaciones de la "tendencia a la presunción de fraude" que se citó en la introducción afecta directamente a los casos en que quien pide la prestación de desempleo es familiar del empresario o de quien tiene una partici-

pación de cierta entidad en la empresa. En este punto ya hubo otras reformas –con abundante tratamiento doctrinal y jurisprudencial– dedicadas a deslindar el RETA y el RGSS (DA Vigésima Séptima LGSS), pero no basta por cuanto quienes solicitan las prestaciones no son, en muchos casos, quienes desempeñan labores gerenciales como consejeros o administradores, sino quienes realizan en la empresa las labores propias de un oficio.

En este punto la "presunción" de fraude se ha extendido curiosamente y casi sin excepción –todos lo hemos hecho– a la familia, de modo que nuestro "inconsciente jurídico" tiene tendencia a establecer un perverso binomio según el cual empresa más familia es igual a fraude. La novedad, en este caso atraída por vía jurisprudencial y no legal, y a nuestro juicio plausible, es que se está haciendo un esfuerzo por deshacerse de tan hiriente prejuicio. Ahí está la STS de 30 de abril de 2001 (Ar. 4614, ponente: Excmo. Sr. Desdentado) que sin complejos permite disgregar en el plano teórico la sociedad de gananciales, para afirmar, por quedarnos sólo con un aserto de su enriquecedor texto, que "aunque la utilidad patrimonial del trabajo se incorpore a la sociedad de gananciales –cuando la empresa tiene esta consideración– y ésta sea la que abone la retribución que tiene además la consideración de bien ganancial (art. 1347.1 CC), siempre subsistirá parcialmente la ajenidad, pues una parte del trabajo se habrá realizado para otro y se habrá retribuido con cargo a su parte". La consecuencia, claro está, es que el cónyuge puede ser empleado de quien es el actual propietario de la empresa, por suscribir todas sus acciones, y es además su administrador.

La legislación, sin embargo, camina por senderos distintos y extiende la presunción de fraude, *iuris et de iure*, añadiendo a los casos que ya conocía el ordenamiento los de nueva compatibilidad entre el desempleo y el trabajo (subvención salarial al empresario) (DT Quinta.7 RD-L 5/2002) y los de los trabajadores agrarios eventuales –también los fijos–, ahora protegidos por desempleo excepto si son familiares del empresario (art. Cuatro RD-L 5/2002).

b) Involuntariedad

Tema también que ocasiona dudas –especialmente al efecto de considerar existente la situación legal de desempleo, por cuanto una cosa es precisamente la existencia de tal situación (art. 208 LGSS) y otra cosa distinta es su acreditación–, es la interpretación del requisito de involuntariedad en la pérdida del empleo. Sobre este asunto habremos de volver más adelante, porque es no sólo condición para ser beneficiario sino también parte imprescindible de la situación legal de desempleo, pero puede adelantarse que una vez más la jurisdicción volvió a romper –aunque tímidamente– la tendencia a la presunción de fraude. Así, la STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2001 (ponente: Ilma. Sra. Ureste), afirma que la proximidad en el tiempo entre la fecha plasmada en el finiquito y la presentación de la papeleta ante el SMAC implica la existencia de una decisión del empleador de dar por finalizada la relación laboral. En el caso, el finiquito había sido suscrito por la trabajadora un viernes y la papeleta de conciliación se presentó el lunes siguiente.

Sobre este tema, como se ha adelantado, volveremos, pero conviene ya dejar constancia de que la modificación operada en el art. 208 LGSS por el RD-L 5/2002, de 24 de mayo, realiza una sorprendente modificación, acaso no muy coordinada con el objetivo declarado de ayudar a quienes buscan empleo con más interés, simplificando enormemente el acceso a la situación legal de desempleo en los casos de extinción sin causa del contrato de trabajo y relevando al trabajador de la actitud "combativa" contra la extinción que le exigía el anterior y ahora derogado art. 208.2.2 LGSS. Acaso esta simplificación sea, como se señalará en el apartado II.B).b) de este estudio, solamente temporal y transitoria, hasta la promulgación del reglamento que el RD-L 5/2002 tiene anunciado.

c) Alta

En este aspecto, aunque ciertamente las modificaciones normativas apenas merecen ser citadas, existen algunos supuestos que sí reclaman atención.

– El período de excedencia para el cuidado de familiares.

Aunque no se trata más que de un recordatorio normativo, la DA Tercera.2 del reciente RD 1251/2001, de 16 de noviembre, que regula las prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo, recuerda, en cuanto a las situaciones asimiladas al alta en excedencias por cuidado de familiares, que lo son respecto de las prestaciones por desempleo, a las que es de aplicación el art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad. La ocasión que se pierde, empero, es la de considerar ese período también como cotizado para el desempleo, como sucede con otras prestaciones [art. 180.b) LGSS], lo que supondría una inmejorable acción –eso sí, con coste económico– de conciliación entre el empleo y la familia.

– La reiteración de la solicitud de subsidio por desempleo.

El requisito del alta no se contempla para causar derecho al subsidio por desempleo (arts. 215 LGSS y 7 RD 625/1985, de 2 de abril). Ello explica –y es conclusión incorporada al ordenamiento por la doctrina jurisdiccional, que no se encuentra en los textos normativos– que su solicitud pueda ser reiterada, tras su denegación inicial, *vgr.*, por no cumplir inicialmente el requisito de carencia de rentas y venir después a peor fortuna, siempre que el período de duración del subsidio no haya con-

LA NUEVA REGULACIÓN EXCLUYE DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO A LOS FIJOS DISCONTINUOS PERIÓDICOS CUYO LLAMAMIENTO TIENE LUGAR A FECHA FIJA, MANTENIÉNDOLA SÓLO PARA LOS FIJOS DISCONTINUOS NO PERIÓDICOS

cluido (STSJ de Cataluña de 3 de enero de 2000, AS 1658; SSTSJ de Madrid de 18 de noviembre de 1999, AS 7409 y 25 de junio de 1998, AS 2722, entre otras). Sin embargo, la doctrina jurisdiccional ha venido exigiendo, con distinto rigor, la inscripción como demandante de empleo como requisito de acceso al subsidio (art. 215.1.1 LGSS). Aunque las sentencias de suplicación hablan de esta exigencia como atenuada en su rigor, en ocasiones se ha exigido que la inscripción sea ininterrumpida –con la finalidad de controlar la existencia de la voluntad de trabajar que es requisito imprescindible de la situación legal de desempleo– [especialmente, para el subsidio de mayores de 52 años, art. 7.3.b) RD 625/1985, de 2 de abril].

Esta exigencia incierta y dudosa ha sido fijada por la última jurisprudencia, que ha establecido que sólo cabe exigir la inscripción ininterrumpida en el mes de espera y hasta la solicitud del subsidio (art. 215.1.1 LGSS), con el antedicho fin de controlar la existencia de la voluntad de trabajar del solicitante, sin que pueda exigirse la ininterrupción en la inscripción como demandante de empleo más allá de esos términos. En este punto, además, la jurisprudencia ha operado una auténtica modificación normativa, al considerar contrario a la Ley, y por tanto nulo, el precepto reglamentario [art. 7.3.b) RD 625/1985, de 2 de abril] que exige la inscripción ininterrumpida (STS de 17 de abril de 2000, RJ 5882).

En todo caso, repárese en que la inscripción –sobre todo si es ininterrumpida–, una vez agotada la prestación por desempleo, constituye una situación asimilada al alta (art. 36 RD 84/1996, de 26 de enero), por lo que de hecho no existe tanta diferencia entre la exigencia del requisito del alta para el caso de la prestación y la exigencia de inscripción para el caso del subsidio.

d) Fijos discontinuos

El nuevo art. 208.1.4 LGSS inserto por el art. Dos RD-L 5/2002 restringe a los fijos discontinuos del art. 15.8 ET la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos. Se excluye de la protección, por tanto, a los trabajadores fijos periódicos cuyo llamamiento tiene lugar a fecha fija.

Sobre este punto, la restricción había sido ya subrepticiamente anunciada –y advertida por la doctrina (CABEZA)– con la modificación normativa operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que disgregó los contratos fijos discontinuos, dejando como modalidad de trabajo a tiempo parcial aquellos en que concurre periodicidad (art. 12.3 ET) y trasladando a los fijos discontinuos (sin periodicidad) al precepto donde se trata la duración del contrato de trabajo (art. 15.8 ET). Pero esta modificación legal dudosamente podía, por sí sola, tener efectos sobre la protección por desempleo. Lo que sucede es que según cierta interpretación administrativa –seguida, al parecer, por algún órgano jurisdiccional (STSJ de Valencia de 14 de enero de 2000)– puesto que los fijos discontinuos periódicos no son "fijos discontinuos" sino trabajadores a tiempo parcial con una distribución irregular de la jornada a lo largo del año –y no de la semana, o del mes– no merecen la protección por desem-

pleo. *De lege ferenda* ya podía antes del RD-L considerarse más o menos defendible esta posición, pero no cabía fundarla en la modificación legal de la Ley 12/2001, dado que el argumento requería extraer la exclusión de los periódicos precisamente de su carácter de trabajadores a tiempo parcial, que no tienen los no períodicos –no están en el art. 12 ET–, a quienes la ley sí otorga protección. Pero es que los no períodicos han estado incluidos en el tratamiento del trabajo a tiempo parcial (art. 12 ET) desde la Ley 10/1994, de 19 de mayo, hasta la Ley 12/2001, de 9 de julio, y pese a ser, así pues, trabajo a tiempo parcial, nadie pudo poner en duda su protección por desempleo, en los términos del art. 208.1.4 LGSS. La ubicación, por tanto de la regulación no valía para distinguir, a efectos de desempleo, entre "fijos periódicos" y "fijos discontinuos" y por ello se ha procedido a la modificación del precepto que comentamos, que ahora sí, a efectos de protección por desempleo, distingue entre fijos periódicos y no periódicos y excluye a los primeros de la protección.

e) Penados en instituciones penitenciarias

El nuevo RD 782/2001, de 6 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial correspondiente, otorga a este grupo protección por desempleo, en los términos de la regulación general "cuando sean liberados de prisión" (art. 19 RD 782/2001, de 6 de julio), estableciendo además que para la cotización por esta contingencia se aplicará el tipo de cotización establecido para la contratación indefinida vigente en cada momento [art. 20.2.c) RD 782/2001, de 6 de julio].

f) La protección por desempleo agrario

El art. Tercero RD-L 5/2002 cierra la puerta a nuevos beneficiarios del subsidio de desempleo agrario del RD 5/1997, de 10 de enero. De hecho, sólo lo pueden volver a disfrutar quienes ya lo hubieran hecho "en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud" –lo que, sin embargo, no parece suponer que de aquí a tres años este subsidio quede extinguido, pues la condición volverá a cumplirse, dentro de tres años, en quienes en estos próximos tres la cumplan y por tanto vuelvan a disfrutar del subsidio–.

Se obliga a los trabajadores, cómo no, a suscribir el fetichista compromiso de actividad que se estudiará en el apartado II.E).a).

El art. Cuarto RD-L 5/2002, por su parte, incluye en la protección contributiva –y sólo contributiva– por desempleo a los trabajadores eventuales del REA, y por tanto, su obligación cotizatoria, si bien esta última con un régimen de reducción transitorio que abarca hasta el año 2007, en que la cuota se ingresará íntegramente.

Las prestaciones se remiten a lo establecido en el art. 207 LGSS, con las siguientes especialidades:

a) Se excluye de protección –y cotización– a los parientes hasta el segundo grado del titular de la explotación agraria; exclusión que se extiende también ahora a los trabajadores agrícolas fijos.

b) La duración de la prestación de desempleo es específica, y responde a la *ratio* de 1 día de prestación por cada 4 cotizados, en lugar de la *ratio* de 1 por cada 3 que establece para el régimen general el art. 210 LGSS. Además, si el eventual agrario "de forma inmediatamente anterior figuró de alta en Seguridad Social como trabajador autónomo o cuenta propia" se aumenta el período carencial mínimo a 720 días, desde los 360 que es la regla general (debe entenderse, claro, que con dicha carencia su prestación ha de durar 180 días). Por otra parte, no se incluye a estos trabajadores en la vertiente de protección asistencial. Esta nueva norma ha sido tildada de discriminatoria por conferir una protección inferior a la de los trabajadores del régimen general. Sin embargo, no lo es –por la razón evidente de que régimen general y especial agrario son diferentes– y en todo caso, es claro que la norma mejora en este punto la protección, pues hasta ahora los eventuales agrarios, salvo en Extremadura y Andalucía, carecían por completo de protección.

c) Durante la percepción de la prestación contributiva se cotizará como en el caso de los trabajadores agrícolas fijos.

En fin, se establece como subsidiario el Título III LGSS; se conceden amplias facultades al Gobierno para limitar el acceso, controlar su gestión, modificar la duración de la prestación y "extender la protección asistencial" y se establece el cómputo recíproco para las cotizaciones al desempleo en cualquiera de los regímenes en que se da y si el mayor período computable no lo es en este nuevo régimen, las prestaciones se concederán conforme al régimen general, incluidos los subsidios que puedan corresponder, pero "en otro caso, se aplicarán las normas especiales de protección previstas en este artículo, todo ello, con independencia de que la situación legal de desempleo se produzca por el cese en un trabajo eventual agrario, o no". Además, en mecanismo parecido al que el "efecto Lázaro" del art. 210.3 LGSS produce sobre las cotizaciones, se ordena que las que se computen para el reconocimiento de prestaciones por desempleo de carácter general no servirán para el del subsidio agrario cuyo agotamiento-extinción inicia el art. Tercero del RD-L 5/2002, y viceversa.

B) Situación legal de desempleo

a) La actitud del beneficiario ante la extinción

La doctrina jurisprudencial completaba aquí el ordenamiento interpretando con cierto rigor el requisito ahora derogado de reclamación en tiempo y forma contra el despido (art. 208.2.2 LGSS, derogado), al exigir la conducta activa del trabajador contra su despido no sólo en los casos en que la extinción revestía esa forma, sino también en otros en que tenía la apariencia de una extinción por cumplimiento del término pactado o similar, cuando era razonable exigir al trabajador el conocimiento de que dicha extinción no se producía por la causa alegada (STSJ de Galicia de 17 de octubre de 2000, AS 2929; STSJ de Murcia de 20 de abril de 1999, AS 1420; STSJ de Aragón de 2 de octubre de 1996, AS 3683; STSJ de Castilla y León (Burgos) de 31 de julio de 1995, AS 2862). Pero no se exigía esta conducta de reclamación si, producida la extinción por alguna de las

causas para las que la ley no la requería, revestía una razonable "apariencia de legalidad" (STS de 20 de diciembre de 1995, RJ 9487; STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de mayo de 2000, AS 5406; STSJ de Murcia de 3 de julio de 2000, AS 4079; STSJ de Galicia de 27 de abril de 1994, AS 1779; STS de 6 de marzo de 2001, RJ 2835; STS de 24 de julio de 2001).

El panorama cambia ahora con la sustitución de la exigencia de reclamación del art. 208.2.2 LGSS por la necesidad de acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada (nuevo art. 208.2.2 inserto por RD-L 5/2002), de modo que se releva al trabajador de la obligación de *actuar* contra su despido. Sin embargo, y obviando otros problemas menores en la aplicación del nuevo precepto –cómo se realizará esa acreditación; parece que bastará, en principio, la suscripción del compromiso de actividad (nuevo art. 209.1 LGSS)– ello es complementado con la DA Tercera del propio RD-L, que habilita al INEM a demandar *de oficio* en sustitución del trabajador para la declaración de indefinición del contrato y readmisión –precepto que sin duda merece un estudio profundo por cuanto establece una sustitución procesal, al parecer irrevocable por el propio interesado, distinta por tanto de la establecida en el art. 20 LPL y de difícil acomodo con las reglas generales sobre postulación, ello por no hablar de cuál será la modalidad procesal adecuada, la relación jurídico-procesal entre las partes o, en fin, el alcance de la sentencia– y establece que en tal supuesto se reconocerán provisionalmente las prestaciones por desempleo, sin perjuicio de que, en su caso, opere el mecanismo del nuevo art. 209.5 si con posterioridad se declarase la fijeza de la relación y la readmisión del trabajador.

EN SITUACIÓN DE PLURIEMPLEO, SI SE PIERDE UN TRABAJO A TIEMPO COMPLETO Y SE MANTIENE OTRO A TIEMPO PARCIAL, EXISTE DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO, DEDUCIÉNDOSE LA PARTE PROPORCIONAL AL TIEMPO TRABAJADO

Por lo demás, con este nuevo panorama resulta coherente la inserción de un nuevo art. 209.4 LGSS, según el cual la *causa* de la *situación legal de desempleo* es la decisión empresarial extintiva, sin necesidad de impugnación.

Coincidirá, por tanto, el momento del cese efectivo en el trabajo con el nacimiento del derecho a prestaciones, pero, como veremos en el epígrafe II.B).c), con la excepción, que será habitual, de que se indemnize período de vacaciones no disfrutadas. No en vano, el tenor literal se limita a considerar "causa" de la *situación legal de desempleo* la decisión empresarial extintiva, pero no se considera el día del cese como *dies a quo* de la protección. Nótese entonces que, por la misma razón, el plazo de 15 días del art. 209.2 deberá computarse no desde

que se da la causa de la *situación legal de desempleo*, sino desde que la *situación legal de desempleo* produce sus efectos protectores. Así debe ser aunque la ley no se ocupe de matizarlo.

Como es obvio, que no le sea necesario al trabajador impugnar su despido no significa que no pueda hacerlo. Y a regular las consecuencias que tiene en las prestaciones de desempleo esa impugnación, o por mejor decirlo, su resolución, se dedica el nuevo art. 209.5 LGSS.

En pocas palabras, este precepto regula las consecuencias de que tras la impugnación del despido, éste se declare procedente, improcedente o nulo, con los efectos anudados de indemnización o readmisión. Así, en el caso de que proceda la indemnización, según el nuevo art. 209.5.a) LGSS, se consolida sin más la percepción de las prestaciones anteriores a tal declaración, o se comienzan a percibir con carácter retroactivo desde el cese si no se estaban percibiendo. Se contempla también el supuesto en que la relación se extinga mediante el incidente de no readmisión (arts. 279.2 y 284 LPL), imputando a prestaciones por desempleo la situación posterior al momento en que se declare extinguida la relación laboral, y a *salarios dejados de percibir* la anterior, de modo que en caso de haber percibido prestaciones por desempleo recibirán el mismo tratamiento que la siguiente letra del precepto otorga para los casos en que procede readmisión.

En el caso en que la resolución de la impugnación del despido obligue a la readmisión del trabajador, el abono de prestaciones cesa con la readmisión, y las ya abonadas deben ser reintegradas por el empresario, deduciéndolas de los *salarios dejados de percibir* que deba abonar al trabajador, salvo que la prestación fuera superior al salario, en cuyo caso la diferencia deberá ser reintegrada por el trabajador. Se practicará asimismo el alta y la cotización retroactiva. El sistema se cierra con la previsión del nuevo art. 212.1.e) LGSS, que añade a las causas de suspensión de la prestación el supuesto de recurso contra la resolución que impusiera –por sí misma o por la correspondiente opción– la readmisión del trabajador.

A este complejo mecanismo –que implica, como el propio precepto establece, que las prestaciones sean consideradas "indebidas por causa no imputable al trabajador"– obliga la supresión de los salarios de tramitación. Por lo demás, su articulación obedece a la pura lógica de las cosas, sin que, al menos a simple vista, plantee específicos problemas interpretativos o aplicativos, aunque sí de gestión, al introducir una relación monetaria a tres bandas: trabajador/INEM/empresa. Por eso, puede considerarse reiterativa e innecesaria la previsión del nuevo art. 230.g) LGSS, que añade en el capítulo de las obligaciones del empresario la de reintegrar las prestaciones por desempleo abonadas desde el despido cuando procede la readmisión. Evidentemente, este precepto es de mera coordinación con el nuevo art. 209.5 LGSS, pero es que simplemente es una reiteración del 209.5.b), 2º párrafo: ¿no es suficiente con que se establezca una vez?, ¿es que el art. 209.5 no constituye una obligación del empresario?

Sin embargo, existe un problema para el que el RD-L no ofrece una solución clara, aunque puede deducirse del principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Con anterio-

ridad, como se sabe, los salarios de tramitación estaban limitados a 60 días, de modo que los subsiguientes, si la Jurisdicción se retrasaba en resolver sobre el despido –como es lo habitual–, eran a cargo del Estado, a quien el empresario los podía reclamar. Ninguna distinción hace ahora la Ley, y el RD-L 5/2002 se ha ocupado además de derogar en su versión anterior el art. 57 ET para, en el nuevo, no hacer tampoco diferencia alguna. Por tanto, en virtud del aforismo antes transcrito, parece que el empresario está obligado ahora a satisfacer los *salarios dejados de percibir* por todo el tiempo que dure el proceso, siempre y cuando éste termine con la obligación de readmitir al trabajador despedido.

b) La calificación del despido y su nueva irrelevancia a efectos de configurar la situación legal de desempleo: acreditación de esa situación

El nuevo art. 208.1.1.c) LGSS (modificado por el art. Uno.dos RD-L 5/2002) suprime la diferencia entre despido procedente e improcedente para la conformación de la situación legal de desempleo. También se modifica, aunque en la DT Segunda, la acreditación de esta situación legal de desempleo, que será, hasta su desarrollo reglamentario, por la presentación de la carta de despido o bien el acta de conciliación o resolución judicial correspondiente.

Esta modificación guarda coherencia con la eliminación de los salarios de tramitación y el nacimiento de la protección por desempleo desde la fecha de cese efectivo en el trabajo –salvo en el supuesto de existir vacaciones no disfrutadas [*vid.* epígrafe II.B).c)]–, pues naciendo el derecho a la prestación desde ese momento, en que por hipótesis aún no ha sido calificado el despido, no tiene sentido hacer distinciones en cuanto al nacimiento ni en cuanto a la acreditación en virtud de una calificación del despido que aún no existe. Por la misma razón, desaparece del ordenamiento el período de espera de tres meses con que se "sancionaba" a los trabajadores cuyo despido disciplinario era calificado de procedente [art. 209.3 LGSS, derogado y cuyo nuevo contenido no tiene ahora nada que ver con el anterior, *vid. infra*, II.B).c) y art. 219.1.a) para el subsidio de desempleo "contributivo-asistencial"].

Más problemas plantea la acreditación de la *situación legal de desempleo* –que para los casos de despido comunes deviene sorprendentemente fácil, al menos hasta el desarrollo reglamentario– en los casos de despidos verbales. La solución parece estar, como antes, en la reacción contra el despido mediante la interposición de papeleta de conciliación y posterior demanda, única forma, nos parece, de documentar la extinción.

Por otra parte, esta modificación deroga todo lo relativo a la acreditación de la *situación legal de desempleo* por reconocimiento de la improcedencia en conciliación, y con ello también la jurisprudencia que, después de una inicial vacilación, reinterpretaba el art. 1.uno.c) RD 625/1985, de 2 de abril, de modo que pese a los términos absolutos del límite indemnizatorio –35 días de salario, no 35 días de salario por año de servicio–, en los casos en que la extinción se producía antes del transcurso de un año de antigüedad en la empresa –y salvados los casos en que se detecta fraude de ley en la extinción para configurar la situación legal de desempleo–. La indemnización exigible para configurar la situación debía ser, pues, proporcional al límite legal, en función del tiempo trabaja-

do, teniendo en cuenta que la indemnización legal por despido improcedente es de 45 días de salario por año de servicio, de modo que si el tiempo trabajado era menor de un año la indemnización correspondiente al máximo legal podía no alcanzar los 35 días (si 45 es el máximo para un año de antigüedad, sólo una antigüedad de más de 9 meses da lugar a una indemnización superior a 35 días; si la antigüedad es, *vgr.*, de medio año, la indemnización máxima legal es de 22'5 días, pero dará lugar a prestación por desempleo) (SSTS de 17 de febrero de 2000, RJ 2049; 14 de octubre de 1999, RJ 8145; 1 de junio de 1999, RJ 5059; 5 de julio de 1998, RJ 5269).

c) La nueva distinción entre la causa de la situación legal de desempleo y la propia situación legal de desempleo: las vacaciones no disfrutadas

El nuevo art. 209.3 LGSS ordena el retraso en el nacimiento de la *situación legal de desempleo* y las prestaciones en caso de vacaciones no disfrutadas, hasta que transcurra el tiempo correspondiente a dichas vacaciones. Es destacable la referencia final "El citado período deberá constar en el Certificado de empresa a estos efectos", por cuanto los servicios de empleo están exigiendo ya que los certificados de empresa cumplan dicha condición.

Este nuevo art. 209.3 LGSS no tiene nada que ver con el anterior, para la justificación de cuyo texto, puede verse el comentario al nuevo art. 208.1.1.c) *supra*. El nuevo texto –que sí introduce una auténtica novedad interesante– podría resultar plausible con un enfoque menos economicista. Nos explicamos. No es irrazonable que el legislador propugne que la *situación legal de desempleo* nazca una vez disfrutadas las vacaciones generadas por el tiempo de trabajo efectivo –en las que, como se sabe, el trabajador debe estar de alta en la Seguridad Social y percibir su salario–. Lo que ocurre es que la mejor manera –al menos la más técnica– de defenderlo es reforzar el principio de obligatoriedad en el disfrute de vacaciones –del que no se olvide que su abono en el finiquito no es más que una excepción–. Y ello podría haberse hecho simplemente prohibiendo esa excepción, de modo que no pudieran compensarse con dinero –no con salario– las vacaciones no disfrutadas al fin del contrato, sino que la ley podría fácilmente obligar al disfrute, abonando el salario al trabajador y manteniéndolo en alta por todo el tiempo correspondiente a las vacaciones generadas.

Claro que esta solución es menos económica para el empresario, por cuanto al no "indemnizar" por las vacaciones no disfrutadas, sino concederlas, no se ahorraría la cotización –aunque la cuantía económica tampoco es una gran cantidad–. Esta solución, por otra parte, prolongaría la protección del trabajador al mantenerlo más tiempo en alta.

El nuevo texto, sin embargo, opta por una solución más económica, pero que ocasiona dudas: de su tenor literal –que las vacaciones "no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización de la relación laboral"– se deduce que se sigue permitiendo la compensación en metálico. La *situación legal de desempleo* nace después del período vacacional que hubiera correspondido, "vacaciones ficticias" (SEMPERE), que debe ser certificado por la empresa. ¿Qué sucede en tal período respecto de la situación de alta del trabajador a efec-

tos del acceso a prestaciones? Se ha explicado ya que, de conformidad con la interpretación más plausible del nuevo art. 209.4 LGSS, aunque el cese en el trabajo es la *causa* de la *situación legal de desempleo*, ésta no nace sino hasta el transcurso del tiempo de vacaciones no disfrutadas. Pues bien, en este período el trabajador no está de alta ¡ni siquiera para las prestaciones de desempleo! Aparte del insalvable vacío de cotización generado, podría cuestionarse que cumpliese el requisito del alta para el acceso a cualquier otra prestación, aunque nos parece previsible que esta situación se salve considerando este período como de situación asimilada al alta, si no por un próximo desarrollo reglamentario, al menos jurisprudencialmente, mediante la fructuosa doctrina flexibilizadora del requisito del alta.

En contra de esta interpretación, empero, MARTÍNEZ LUCAS entiende que debe "el empresario debe mantener el alta y cotizar tras el cese en el trabajo por el tiempo que corresponda a las vacaciones anuales no disfrutadas, dando la baja en la Seguridad Social tras este período temporal. Pero ciertamente esta interpretación no se desprende del tenor literal del nuevo art. 209.3 LGSS, redactado por el RD-L 5/2002.

SE ESTABLECE EL NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN EN EL MOMENTO DEL CESE EFECTIVO EN EL TRABAJO, DESAPARECIENDO EL PERÍODO DE ESPERA DE TRES MESES CON QUE SE SANCIONABA A LOS TRABAJADORES CUYO DESPIDO DISCIPLINARIO ERA CALIFICADO COMO PROCEDENTE

d) Extinción por acciones de movilidad geográfica y funcional: reinterpretación de la norma reglamentaria

En los casos de movilidad geográfica y modificación sustancial (arts. 40.1 y 41.3 ET), la situación se acredita con la certificación empresarial sobre la medida modificativa del contrato adoptada y su no aceptación y correspondiente opción extintiva por el trabajador (STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 1996, AS 2957) [recuérdese que a partir de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, no es precisa la intervención administrativa de autorización en estas materias y asimismo las modificaciones sustanciales pueden tener carácter individual, sin requerir, por tanto, acuerdo con los representantes de los trabajadores, lo que obliga a una reinterpretación, en este sentido, de los arts. 1.uno.g) y h) RD 625/1985, de 2 de abril].

e) Reducción de la jornada de trabajo: estado de la cuestión

De acuerdo con la Ley, se está en situación legal de desempleo cuando se produce la reducción de la jornada de trabajo, en una tercera parte, al menos "en los términos que se establezcan reglamentariamente" (art. 208.1.3 LGSS). Reglamentariamente, por tanto, no sólo se regula la acreditación de esta situación

legal de desempleo, sino también su propia configuración, al establecerse que sólo se estará en situación legal de desempleo "cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria de trabajo en, al menos, una tercera parte, en virtud de la autorización conferida al empresario para reducir la jornada de trabajo de sus trabajadores por resolución dictada por la autoridad laboral competente en expediente de regulación de empleo" (art. 1.cuatro RD 625/1985, de 2 de abril).

La dimensión exacta de esta situación legal de desempleo exige además atender a las normas sobre el objeto de la protección y a los antecedentes normativos y jurisprudenciales, pues, al día de hoy, sólo se está en situación legal de desempleo –por extraño que resulte– cuando la reducción de jornada es temporal, es decir, momentánea, transitoria, y no cuando es definitiva.

En efecto, la ley contiene desde el principio la previsión de que "el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción" (art. 203.3 LGSS). Surgida la duda sobre si el adverbio *temporalmente* significaba la exigencia de que la reducción fuese en el tiempo de trabajo (lo que resultaba una obviedad, salvo en la referencia al tercio de jornada que activa la protección) o bien que sólo la reducción momentánea y no la definitiva resultaba protegida (lo que resultaba una injusticia, porque supondría proteger la situación de menos necesidad –la pérdida momentánea de parte del empleo– y desproteger la de más necesidad –la pérdida defintiva–, el TS optó, con buen criterio, por la primera de las interpretaciones, estableciendo, por una parte, que constituía situación legal de desempleo la reducción de jornada, tanto la temporal como la definitiva, instrumentada por el empresario por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (SSTS de 24 de febrero de 1997, RJ 1579; 13 de mayo de 1997, RJ 4091; 14 de julio de 1997, RJ 6262 y 7 de noviembre de 1997, RJ 8090), y por otra parte, que tras la reforma llevada a cabo en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, no era necesaria la previa autorización administrativa para que existiese situación legal de desempleo parcial por reducción individual de la jornada de trabajo (STS de 11 de mayo de 1998, RJ 4327), dado que en tales casos no se exigía ya la tramitación de expediente administrativo alguno.

Sin embargo, esta jurisprudencia quedó invalidada cuando la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, añadió un segundo párrafo al precepto legal según el cual "a estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo" (art. 203.3, párrafo 2 LGSS). Queda, así pues, fijada legalmente la interpretación más injusta según la cual sólo quien pierde momentáneamente parte de su empleo merece la protección por desempleo, y no quien lo pierde definitivamente (STSJ del País Vasco de 26 de enero de 1999, Ar. 118). Es cierto que esta legalidad guarda coherencia con la relativa al trabajo a tiempo parcial, según cuya regulación "la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre

carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo" [art. 12.4.e) ET].

Pero es que esta previsión legal también desconoce la realidad y su plasmación jurídica. Ello es así, por una parte, puesto que, como ha expuesto con brillantez la doctrina jurisdiccional es difícilmente compartible que las reducciones de jornada constituyan un nuevo vínculo contractual, fuera de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pues las variaciones en el aspecto cuantitativo no hacen variar cualitativamente los elementos esenciales del contrato (ni el objeto: los servicios retribuidos, o lo que es lo mismo, las obligaciones recíprocas de trabajar y de retribuir ese trabajo; ni la causa: cesión remunerada de los frutos del trabajo), por lo que, salvo que las partes hubiesen elevado a la categoría de causa estableciendo como causa determinante de la contratación el aspecto cuantitativo, estamos ante una mera modificación de la obligación y no ante una novación extintiva que rompa el vínculo anterior para constituir otro nuevo, y por ello la modificación de la jornada aparece en el art. 41 del ET como una modificación sustancial más, que como hemos visto puede llevar a cabo unilateralmente el empresario, a reserva de su posible impugnación por el trabajador (STSJ de Galicia de 10 de febrero de 1999, AS 62). El precepto estatutario [art. 41.1.a) ET], queda pues, prácticamente vacío de contenido.

Por otra parte, la falta de integración de este sistema con el ordenamiento y, sobre todo, con la realidad que pretende abarcar debe ser puesta de manifiesto. Cuando el legislador afirma que la reducción de jornada es en todo caso voluntaria para el trabajador desconoce, como es evidente, la más prístina realidad, pues si partimos de una situación real de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no es ilegítimo que el planteamiento empresarial sea, *vgr.*, ofrecer la opción a los trabajadores entre reducir su jornada de trabajo o bien proceder a la extinción de algunos contratos. Es evidente, pues, que la reducción no es voluntaria para el trabajador, sino aceptada como mal menor frente al mayor que constituye la extinción de su contrato. La reducción de jornada, por tanto, no es voluntaria sino forzosa. Que es así queda evidenciado en la casuística jurisprudencial (*vgr.*, STSJ de Asturias de 15 de febrero de 2002, *AL*, núm. 24).

C) No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación: su rebasamiento y la cotización

Respecto de este requisito, en puridad, la modificación atañe, más que a las condiciones generales, a lo relativo al subsidio por desempleo para mayores de 52 años –por lo que se remite al epígrafe correspondiente de este texto, *infra*; si bien existe una nueva norma según la cual los trabajadores que continúen trabajando más allá del cumplimiento de los 65 años y tengan 35 o más años cotizados no tienen que cotizar –tampoco sus empresarios– entre otras contingencias, por desempleo (DA Vigésima Primera. 3, en relación con el art. 112bis, ambos de la LGSS en redacción introducida por el RD-L 16/2001, de 27 de diciembre).

Cabe una cuestión interpretativa con respecto a esta nueva previsión. La DA citada realiza "la exoneración prevista en el art. 112bis" y según éste, "si al cumplir 65 años de edad

el trabajador no tuviere cotizados 35 años, la exención a que se refiere el apartado anterior será aplicable a partir de la fecha en que se acrediten los 35 años de cotización efectiva". Este precepto engrana perfectamente con su presupuesto y su teleología, pues es claro que la exoneración de cotizaciones, además de un incentivo para continuar trabajando más allá de los 65 años, no perturba la lógica del sistema, habida cuenta de que con 65 años cumplidos y 35 cotizados el porcentaje de pensión de jubilación que se obtiene es del 100 por ciento, de modo que el hecho de que el trabajador continúe en su puesto supone en todo caso un ahorro para el Sistema, siendo así que, también según nueva legislación, cada año adicional de cotización a partir de los 65 y con 35 cotizados aumentará la pensión en un 2 por ciento, por encima del 100 por ciento ya alcanzado. La exoneración, entonces, no se da si no se tienen los 35 años cotizados, porque el trabajador deberá contribuir al Sistema hasta alcanzar el 100 por ciento y sólo desde que se alcance dicha carencia, procederá (art. 163.2 LGSS inserto por el RD-L 16/2001, de 27 de diciembre).

Este mecansimo, como se dice, guarda coherencia interna, porque, por decirlo sencillamente, las cotizaciones que se realizan para la jubilación después de los 65 años, cuando no se tienen 35 cotizados, "sirven" para aumentar el porcentaje de Base Reguladora. Sin embargo, no sucede lo mismo en el caso del desempleo, habida cuenta de que no se ha derogado, ni matizado, la norma según la cual para tener derecho a prestaciones por desempleo no ha de haberse cumplido la edad ordinaria de jubilación (65 años) si se tiene derecho a pensión –no a la pensión máxima posible, al 100 por ciento de la base reguladora– [art. 207.d) LGSS]. La consecuencia, por tanto, siguiendo la lógica de los nuevos preceptos, es que la cotización al desempleo no sirve de nada aunque no se tengan 35 años cotizados –basta con que se tengan 15– pues el trabajador que por encima de los 65 años pierda su empleo se ve obligado a jubilarse dado que no se le concederán prestaciones por desempleo.

Cabría una interpretación correctora y teleológica del precepto, de conformidad con la cual la exoneración de la DA Vigésima Primera.3 LGSS (para desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional) fuera independiente de la de contingencias comunes que realiza el art. 112bis LGSS y por tanto no sometida al requisito de tener los 35 años cotizados –que es un requisito claramente referido a la jubilación–. Sin embargo, es una interpretación que choca en buena medida con la literalidad del precepto que habla de la exoneración "prevista en el art. 112bis", de modo que parece operar una remisión en bloque y con sus requisitos a la norma citada.

D) Desempleo e incapacidad temporal, maternidad y excedencias por cuidado de familiares

Presentada como una de las reformas de mayor calado en cuanto al desempleo, de las que realiza la última "Ley de acompañamiento" 24/2001, de 27 de diciembre, lo cierto es que el art. 222 LGSS ha sufrido una radical remodelación, cuyo fin es, según todos los indicios, alcanzar la igualdad de tratamiento entre situaciones que no merecen ser diferenciadas, a la vez que evitar la tentación de fraude que motivaba la redacción anterior,

fraude, por tanto, que ciertamente era mejor no combatir directamente sino erradicando la norma que, en gran parte, era su causa. Así, son los siguientes los tratamientos que ahora se adoptan en la confluencia de las contingencias protegidas:

– En el supuesto de que en el momento de extinción del contrato que da derecho a prestación por desempleo el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal, seguirá en esta situación hasta su extinción, pasando después a percibir la prestación por desempleo, pero sólo por el tiempo que reste como si la prestación hubiera nacido tras la extinción del contrato. De hecho, el subsidio de IT, tras la extinción, se percibirá "en cuantía igual a la prestación por desempleo" (primera duda interpretativa: ¿también en el caso de que extinguida la IT no haya derecho a prestación por desempleo? Creemos que no, puesto que la norma se refiere, con toda evidencia, sólo al supuesto de procedencia de ambas prestaciones –en contra PANIZO, cuyo criterio coincide con el de la Circular de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, sobre criterios de aplicación de estos preceptos, s/f, firmada por dicho autor como Subdirector General–) y el INEM asume, en cuanto a cotizaciones, la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuente como consumido por el disfrute del subsidio de IT tras la extinción (segunda duda interpretativa: ¿y si todo el tiempo que hubiera correspondido prestación por desempleo transcurre en IT? Creemos, entonces, que el INEM deberá igualmente ingresar las cotizaciones como si se hubiera disfrutado de la prestación por desempleo. Por el tiempo de IT que subsista, una vez agotado el tiempo teórico de la prestación de desempleo, como antes de la reforma, no habrá cotización. ¿Cuál será, para este tiempo, la cuantía del subsidio de IT? La respuesta es, otra vez, la duda interpretativa primera). Existe, no obstante un argumento para entender que en todo caso el subsidio de IT debe equipararse a una hipotética prestación por desempleo y es que el subsidio de IT se concede como sustitución de rentas derivada de la imposibilidad de trabajar por enfermedad, imposibilidad cuyo predicamento es imposible para quien, dada la extinción de su contrato, no tendría donde hacerlo.

Se conjura con esta nueva redacción la desigualdad que suponía el anterior art. 222 LGSS, que sumaba linealmente los tiempos de IT y desempleo cuando la extinción contractual se producía vigente la primera, y los superponía, sin embargo, compensando el tiempo de IT con el de desempleo, cuando

EL NACIMIENTO DE LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO Y LAS PRESTACIONES EN CASO DE VACACIONES NO DISFRUTADAS SE RETRASA HASTA QUE TRANSCURRA EL TIEMPO CORRESPONDIENTE A DICHAS VACACIONES, PERÍODO QUE DEBERÁ CONSTAR EN EL CERTIFICADO DE EMPRESA

ésta acaecía una vez nacida la prestación de desempleo. Esta desigualdad además fomentaba una suerte de fraude de Ley –aunque incluso nos parece demasiado duro tachar la conducta de fraudulenta–, por cuanto los beneficiarios procuraban iniciar su situación de IT –en la medida de sus posibilidades– previamente a la extinción del contrato, para así sumar al período de IT el de desempleo posterior, y obtener un considerable tiempo superior de protección de su situación de falta de empleo.

Se homologan asimismo las situaciones cotizatorias de los beneficiarios en ambos casos, habida cuenta de que con anterioridad, el período de la IT iniciada antes de la extinción contractual inmediato posterior a ella quedaba vacío de cotización –por falta de previsión de un obligado a realizarla–.

– Si la situación de concurrencia se produce entre la maternidad y el desempleo, en términos similares a la anterior, sin embargo, no se producirá la subsunción entre los tiempos de maternidad y los de desempleo cuando la maternidad comenzó antes de la extinción del contrato. La razón de esta diferencia acaso esté en la necesidad de fomento de la maternidad y de la conciliación de la vida laboral y familiar que el Ordenamiento ha detectado hace ya al menos un quinquenio. Sin embargo, no sucede así también cuando la situación de maternidad acaece una vez comenzado el disfrute de prestación por desempleo total, en cuyo caso, según la nueva ley, el beneficiario percibirá la prestación por maternidad en la cuantía que corresponda (no en la cuantía de la de desempleo, como sucede con la IT), pero el período de percepción de la prestación de desempleo "no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de IT o maternidad". Como en la norma anterior, ahora derogada, también el INEM continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social en estos casos.

Merece la pena dedicar unas líneas a cuestionar este diferente tratamiento de la confluencia entre maternidad y desempleo en función del momento de nacimiento de las prestaciones. ¿Por qué concatenación en un caso y superposición en otro? Hemos dicho que la concatenación puede obedecer al deseo de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar. Así, es claro que en el caso de superposición no existe necesidad de esa conciliación (el beneficiario no tiene trabajo), pero el hecho es que el tiempo de su protección es menor. Pero esta diferencia protectora puede enfocarse desde un punto de vista diferente y mucho más preocupante: el aumento de la protección cuando la maternidad se genera vigente un contrato de trabajo supone, por una parte, una cierta complacencia del legislador con el hecho –sospechoso– de que el contrato se extinga durante la maternidad. Por otra parte, supone también un acicate para que el trabajador en dicha tesitura no sea en exceso beligerante con una extinción de su contrato que le otorga una protección "mejorada".

Conviene también, en este punto, hacer referencia a la regulación reglamentaria sobre las prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo, también nueva y promulgada por el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, cuyo articulado, por razón de jerarquía normativa, habrá de ser interpretado de conformidad con este nuevo art. 222 LGSS.

Así, han de verse cada una de las situaciones que contempla el art. 9.4 RD 1251/2001, de 26 de diciembre, precepto que parte en todo caso del supuesto de extinción del contrato de quien ve interrumpida su situación de IT por la de descanso por maternidad, regulando los siguientes supuestos cronológicos:

1. Extinción producida una vez iniciado el descanso por maternidad. La norma reglamentaria establece que se mantendrá el descanso por maternidad. Y si acabado éste persiste una situación de IT, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio (art. 9.4.1ª RD 1251/2001). A la luz del nuevo art. 222 LGSS, habrá que matizar que en este supuesto el cómputo de la prestación por desempleo no comenzará hasta el agotamiento de la prestación de maternidad (art. 222.2 LGSS), pero se reanudará, computándose y compensándose con él, cuando finalizada aquélla se reanude el subsidio de IT (art. 222.1 LGSS). La cuantía de este subsidio será la inicialmente determinada, puesto que se habla de reanudación del subsidio (art. 222.3 LGSS).

2. Extinción producida antes del inicio del descanso por maternidad. La sincronización de este supuesto (art. 9.4.2ª RD 1251/2001) con el art. 222 LGSS es más complicada de captar a primera vista. La norma reglamentaria prevé que en todo caso nacerá el subsidio de maternidad, aunque no se haya pasado a la situación de desempleo, o esta situación se hubiera extinguido durante la IT precedente a la maternidad –extremo este, por cierto, que guarda coherencia con la norma legal sobre superposición del cómputo de la IT y el desempleo (art. 222.1 LGSS), de aparición posterior en el ordenamiento–. En todo caso, ha de entenderse que durante todo el tiempo previo al nacimiento del subsidio por maternidad, habría de mantenerse la situación de IT, pues si no se mantendría la protección por maternidad en situación de eterna pendencia. Además, así lo confirma el segundo párrafo del art. 9.4.2ª RD 1251/2001, que recoge la doctrina jurisprudencial según la cual la protección por maternidad se causa si no hay solución de continuidad entre la IT y ella, pese a que no exista contrato de trabajo en vigor –lo que supondría, en puridad, una situación de falta de alta obstativa al nacimiento del subsidio de maternidad.

Aquí, sin embargo, la norma reglamentaria contempla un supuesto que no contempla la norma legal. Así, mientras que esta última sólo contempla, por separado, la combinación entre maternidad y desempleo e IT y desempleo, la reglamentaria contempla la combinación de las tres contingencias. Sin embargo, no hay contradicción entre ambas normas. Sucede que con la sola norma legal queda claro que el nacimiento de la prestación de maternidad antes del desempleo supone la suma de los tiempos de ambas prestaciones (art. 222.1 LGSS) y, aparentemente, el nacimiento del desempleo antes de la maternidad, supone la superposición de esos tiempos, que así se compensan (art. 222.3 *in fine* LGSS). Pero esto es sólo una posibilidad, pues es claro que para que esa superposición se dé, tienen que coincidir ambos tiempos, de modo que si el tiempo de la maternidad no se ha agotado cuando se ha agotado el de desempleo, la protección continuará por el tiempo que falte de aquélla. Lo mismo sucede, como se verá, en los casos de simple combinación entre IT y desempleo, con la diferencia, como veremos, de que en ellos, si la IT no es recidiva, el subsidio de IT a percibir tras el fin del desempleo sufre una considerable limitación en el nuevo art. 222 LGSS.

– Nuevo es también el tratamiento de la *recidiva* en conjunción con las prestaciones de desempleo. Según el nuevo art. 222 LGSS si, comenzado el disfrute de la prestación por desempleo (siempre total) se incurre en un proceso de IT con recidiva, se percibirá la prestación de IT en la misma cuantía que la que tendría la de desempleo a la que sustituye, y si la IT continúa una vez finalizado el período de duración de la prestación de desempleo, la ley prevé que "seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en la misma cuantía en la que la venía percibiendo". Aun cuando ciertamente esta última previsión no es del todo clara, cabe entender que se trata de la cuantía equivalente a la prestación por desempleo de la que acaba de hablar inmediatamente antes el mismo precepto. En todo caso, esta regulación no se diferencia en nada de la anterior, pero sí se establece una diferencia, y de importante calado, cuando la IT acaecida durante el desempleo no es recidiva. En tal supuesto, según la nueva ley –con anterioridad no había diferencia alguna, y por tanto, el mismo tratamiento tendría la IT, fuera o no recidiva– si el beneficiario continuase en situación de IT una vez finalizado el período de protección por desempleo, "seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extras (*sic*)".

A todas luces se produce pues un recorte en la protección de estos supuestos, pues, a salvo mejor interpretación, y a salvo de previsión legal anterior sobre la superación por el período de IT del período de desempleo, la conclusión más segura es que se seguiría percibiendo el subsidio de IT hasta la extinción de esta contingencia, sin variación en su cuantía respecto de la última percibida en la situación de superposición entre IT y desempleo (aunque no se encuentra mucha doctrina jurisdiccional sobre el tema, así lo admite implícitamente la STSJ de Madrid de 28 de enero de 1999, Ar. 520; STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 2000, Ar. 5540; STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de septiembre de 2000, Ar. 4388; también incidentalmente STS de 5 de julio de 2000, Ar. 8325; STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de marzo de 1998, Ar. 706 y con menos seguridad, STS de 4 de julio de 2000, Ar. 6288; STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 de diciembre de 1999, Ar. 7276. Otros asuntos de temática distinta pero conexa también parecen apuntar en esa dirección. *Vid.* STSJ de Galicia de 21 de diciembre de 1999, Ar. 6611; STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 1999, Ar. 897). Ahora, sin embargo, cuando la IT no es recidiva, el subsidio sufre una drástica rebaja. No es fácil adivinar la intención de este precepto si no es precisamente, como se explicó en el caso de la cuantía de la IT que se superpone con la percepción del desempleo, entender que, puesto que el subsidio de IT no puede sustituir las rentas de un trabajo que no se tiene, su único sentido, agotada además la prestación por desempleo, será equivaler al subsidio por desempleo que pudiera ser concedido de no estarse en situación de IT.

También cabe preguntarse por qué se ha contemplado de esta manera la recidiva y no, por ejemplo, se ha llevado este tratamiento diferenciado a las situaciones de IT provenientes de contingencias profesionales con respecto de las comunes, si bien, dicho sea de paso, salvo que se piense una vez más en la sospecha de fraude que recae sobre los beneficiarios del sistema, tampoco tienen por qué ser tratadas de forma diferente las con-

tingencias profesionales y las comunes en supuestos como el contemplado en que el coste se carga directamente al sistema y no a las empresas –a través de la cotización– o a las Mutuas que protegen los riesgos profesionales.

E) Compromiso de actividad y colocación adecuada

a) Compromiso de actividad

Las referencias al *compromiso de actividad* aparecen por doquier en los preceptos modificados. Su definición, finalmente, se contiene en el nuevo art. 231.2 LGSS. Sin embargo, es difícil entender qué añade este "compromiso" sobre el requisito de *querer trabajar* que mucho más sencillamente enuncia el art. 203 LGSS y era complementado de modo eficaz, hasta ahora, con los anteriores arts. 212.1.a) y 213.1.a) LGSS. Más parece un talismán en el que se pone la fe de que conseguirá mover a la actividad a quienes, discúlpeseme la parodia de la jerga política, "se instalan en la cultura del subsidio".

Por otra parte, no puede hablarse de novedad en el ordenamiento, pues este "compromiso de actividad" ya se exigía en los casos de Renta activa de inserción, de conformidad con el RD 781/2001, de 6 de julio, y antes en el RD 236/2000, de 18 de febrero.

Las referencias a este *compromiso* se multiplican en el nuevo texto legal, tanto como requisito para el nacimiento de derecho a prestaciones, donde se exige "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo" [nuevo art. 207.c) LGSS], como en sus aspectos más formales, al requerir la solicitud de prestaciones su suscripción, tanto cuando se trata de la prestación contributiva (nuevo art. 209.1 LGSS), como en el caso de la prestación asistencial (nuevo art. 219.1 LGSS), o para su reanudación, cuando se reanudan las prestaciones tras una suspensión [nuevo art. 212.3.b) LGSS].

La reiteración alcanza al propio art. 231, cuyo apartado 1.h) vuelve a contemplar la obligación de los beneficiarios de suscribir y cumplir el compromiso, que además se repite en la siguiente letra [nuevo art. 231.1.i) LGSS] donde se define también como obligación del trabajador la de buscar activamente empleo. Como se ve, se trata de variaciones y reiteraciones sobre lo anterior, reiterativas y sobrantes. A lo más, el legislador parece querer convencer y convencerse de la

LA DETERMINACIÓN GEOGRÁFICA Y ECONÓMICA DE LA COLOCACIÓN ADECUADA ES LA UBICADA EN UN RADIO INFERIOR A TREINTA KILÓMETROS DESDE LA LOCALIDAD DE RESIDENCIA HABITUAL, SALVO QUE EL TIEMPO MÍNIMO DE IDA Y VUELTA SUPERE LAS DOS HORAS DIARIAS

importancia que va a dar a la actitud que el beneficiario adopte ante su situación de desempleo.

Finalmente, el RD-L 5/2002 inserta también un nuevo art. 17.1.c) LISS que añade la tipificación como infracción leve de no cumplir con las exigencias del compromiso de actividad, incluida la no acreditación de la búsqueda activa de empleo.

Si hemos comenzado por cuestionar en qué consiste el compromiso de actividad, viene de suyo que estas nuevas infracciones son cuestionables en la misma medida: ¿Cuáles serán los medios para acreditar esa búsqueda activa de empleo? Si la respuesta es dudosa, también lo es el tipo sancionador que la causa y por tanto, es poco riguroso con la exigencia de legalidad y tipicidad del Derecho sancionador. En fin, de mera concordancia con todo esto es la modificación que se realiza en el segundo párrafo del art. 17.2 LISS, que remite a los conceptos de compromiso de actividad y colocación adecuada del art. 231.2 y 3 LGSS. Claro que también es posible un punto de vista diferente, como el de quien considera que este compromiso exige del parado un comportamiento de "autoagente de colocación" (LEONES).

b) Colocación adecuada

El nuevo art. 231.3 LGSS introduce una nueva definición de la *colocación adecuada*, antes contenida en el ahora derogado art. 213.2 LGSS. Si se apura, la única novedad relevante que aporta este nuevo texto, tan propalado en este punto por los medios de comunicación, es la relativa a la alteración del concepto transcurrido un año de percepción ininterrumpida de prestaciones, unida a la supuesta deslegalización que el propio precepto realiza. Por lo demás, la noción de colocación adecuada ya estaba, en similares términos, en el precepto derogado.

La determinación geográfica y económica de la colocación adecuada parece también, más que realmente necesaria, otro talismán del legislador. Lo será la ubicada en un radio inferior a 30 km desde la localidad de residencia habitual, salvo que el tiempo mínimo, ida y vuelta, supere las dos horas diarias –debe acreditarlo el trabajador: ¿cómo? ¿Y si la jornada tiene una distribución irregular, también se mantienen las dos horas diarias de desplazamiento o cabe aumentarlas si, *vgr.*, las cuarenta horas se cumplen en 4 y no en 5 días, o disminuirlas si se cumplen en 6?– o el coste del desplazamiento suponga un gasto superior al 20 por ciento del salario mensual.

La posibilidad de alojamiento en el lugar del nuevo empleo estaba también en el antiguo art. 213.2 LGSS, por lo que no cabe afirmar novedad alguna en este punto, por más que, tanto antes como ahora, se ignore cuál sea esta posibilidad, en desuso en la práctica hasta ahora.

También se especifica más la adecuación en función de la clase de contrato y del salario. Caben dudas respecto a la referencia a la adecuación con independencia "de la cotiza-

ción, o no, por la contingencia de desempleo". Hasta donde llegamos, sólo el contrato de formación tiene esa posibilidad, salvo que pensemos en empleados de hogar, o bien los trabajos de colaboración social, para quienes ya el art. 213 antiguo anudaba la consecuencia extintiva.

Más trascendencia tiene, o puede tener, como se avanzó, la previsión, según la cual, transcurrido un año de percepción ininterrumpida de prestaciones, también serán colocaciones adecuadas las que a jucio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador. Cierto que la prolongación en la percepción de prestaciones suele ser indicio de poca cualificación, lo que reduce las posibilidades de equivocarse en la determinación de una colocación adecuada, y que además la interrupción, según parece, evita este efecto. No obstante, las posibilidades de actuación del Servicio Público de Empleo, según el precepto, son tan amplias que producen inquietud. Por otro lado, habría que cuestionarse la respuesta que se dé a la siguiente pregunta, antes de realizar una crítica teleológica al texto: puesto que en situación de integridad física todo el mundo puede realizar labores de peonaje ¿es adecuado considerar la de peón colocación adecuada para quien, en situación de necesidad económica, ha percibido un año de prestaciones y está percibiéndolas sin encontrar otro empleo más adecuado a su formación o a su profesión habitual?

El problema de esta nueva acción legislativa, con todo, tal vez esté en su propia falta de congruencia con los postulados de la reforma, si se opta por una interpretación tan rigurosa como la recién descrita. A saber: no sería congruente que, por una parte, se predique la formación y la especialización como elemento indispensable de la "empleabilidad" –y desde este punto de vista el propio sistema de desempleo se observa como un elemento para mantener la profesionalidad, de modo que la ausencia de empleo no suponga la pérdida de la cualificación y, desde el plano colectivo, la caída del mercado de trabajo– y por otra se sostenga precisamente lo contrario, obligando a los trabajadores especializados a aceptar los empleos de menos especialización.

La previsión del penúltimo párrafo del nuevo art. 231.3 LGSS parece merecer todas las consideraciones –desde inconstitucional, pasando por ilegal y terminando en inocua– respecto de que el Servicio Público de Empleo "podrá modificar lo previsto en los párrafos anteriores" –evidentemente dicho servicio no puede modificar una Ley–. Se reconduce a su único posible entendimiento, –la adecuación al caso concreto que es posible dados los términos de la Ley–, complementando la referencia del segundo párrafo a las colocaciones adecuadas "a juicio del" Servicio Público de Empleo; que parece que con este párrafo puede extenderse también al espacio temporal correspondiente al primer año de prestaciones. En todo caso, la referencia a que se adapte su aplicación "a las circunstancias profesionales, personales y familiares del desempleado", parecen aconsejar un uso prudente y racional de esta medida.

F) La movilidad geográfica de los desempleados

El novedoso art. 228.5 LGSS ordena el pago de un mes de prestación o tres de subsidio para fomentar la aceptación de un empleo que implique cambio de localidad de resi-

dencia, aunque se ordena "cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo".

El propio precepto justifica su contenido en "facilitar la movilidad geográfica", concepto que hasta ahora iba unido a los trabajadores *stricto sensu*, es decir, vinculados por contrato de trabajo, y que ahora se aplica también a los desempleados, confirmando así la concepción del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como un derecho que supera el ámbito del contrato de trabajo.

En cuanto al régimen jurídico de esta nueva acción, poco es lo que puede decirse, salvo que uno de esos "programas de fomento del empleo" en que cabe aplicarla es el que la DT Quinta establece para desempleados mayores de 52 años beneficiarios de cualquier subsidio de desempleo, que serán además, como se explica en epígrafe siguiente, sujetos de las nuevas normas de compatibilidad que constituyen una subvención salarial al empresario. Dentro de lo obvio está resaltar que no se trata de un plus de protección, por cuanto la ley se encarga de advertir que para ser beneficiario de esta percepción se ha de ser beneficiario de prestaciones por desempleo y además, que se percibirá sólo el importe de prestaciones "pendientes de percibir", luego no se percibirá en la medida en que las prestaciones se hayan agotado ya en el momento de la aceptación del empleo. Y no se trata de un plus, decimos, sino de un ahorro de prestaciones para el sistema, porque repárese en que la aceptación de empleo que da derecho a esta percepción es la que implica "un cambio de la localidad de residencia", es decir, de aquel empleo cuyo rechazo no daría lugar a pérdida de prestaciones, en los términos de los nuevos arts. 231.3 LGSS y 47.1.b) LISS, de modo que se seguirían disfrutando, como mínimo, por el tiempo que corresponde a esta modalidad de abono.

Por otra parte, existen en el RD-L 5/2002 nuevas referencias a esta *movilidad geográfica*, explícitas, en la DT Quinta, apartados 3.2 y 4, en que se articula este abono, sin ninguna novedad relevante respecto de lo que se acaba de explicar, para los desempleados mayores de 52 años beneficiarios de cualquier subsidio de desempleo.

Pero el tratamiento de esta nueva concepción de la *movilidad geográfica* no se agota con esta regulación, sino que la DT Séptima perfila un "programa de fomento de la movilidad geográfica" en la que pueden verse nuevas concepciones de la noción de "desplazamiento" *temporal* y *estable* de desempleados para su ocupación y que, básicamente, parecer abrir la posibilidad de subvenciones no sólo a los propios trabajadores (la norma declara compatibles estas subvenciones con las de la DT Quinta que acabamos de ver), sino también –quizás principalmente– a los empresarios que los contraten. En todo caso, el establecimiento de estos programas se remite a un ulterior desarrollo reglamentario.

G) Nuevas normas de compatibilidad: la subvención salarial al empresario

a) Contratación de desempleados subsidiados

El nuevo art. 228.4 LGSS crea una suerte de subvención salarial al empresario para programas de fomento del empleo de grupos con dificultad de inserción (la cotización, bonificada según explicamos más abajo, será a cargo del empresario).

La norma tampoco es tan novedosa como parece, pues un mecanismo similar se había establecido ya en el caso de la *Renta Activa de Inserción*, según el RD 781/2001, de 6 de julio y también en los contratos de inserción que la Ley 12/2001 incorporó en el art. 15.1.d) ET.

La DT Quinta del RD-L identifica a dichos "colectivos" (sin perjuicio, claro está, de que puedan con posterioridad ser otros distintos, pues el art. 228.4 así lo permite al remitir a lo que establezca "algún programa de fomento al empleo") a saber, mayores de 52 años perceptores de cualquier subsidio por desempleo, para quienes será voluntaria la aplicación de este programa ¿significa esto que pueden negarse a aceptar el empleo cuyo salario se subvenciona? ¿cómo se salva entonces el *compromiso de actividad* en que tantas esperanzas se han puesto?; voluntariedad que se exceptúa, sin embargo, en el caso de que el subsidio que perciban sea el de mayores de 52 años, para quienes el nuevo dispositivo legal intenta su permanencia en el mercado de trabajo por encima, al menos, de las posibilidades de jubilación anticipada [*vid.* el epígrafe IV.C) de este estudio].

TRANSCURRIDO UN AÑO DE PERCEPCIÓN ININTERRUMPIDA DE PRESTACIONES SERÁN COLOCACIONES ADECUADAS TAMBIÉN LAS QUE A JUICIO DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO PUEDAN SER EJERCIDAS POR EL TRABAJADOR

La aplicación de la subvención exige un contrato de cualquier tipo –excepto los de inserción o los subvencionados en el Programa de fomento del empleo agrario– pero de duración superior a tres meses. Además, se exige que la empresa no tenga autorizado un expediente de regulación de empleo en el momento de la contratación y que el trabajador beneficiario no haya trabajado para la empresa en los últimos 12 meses; y se excluye de la bonificación la contratación de familiares hasta el segundo grado o de quienes ostentan cargos de dirección (DT Quinta.7 RD-L 5/2002).

La subvención, no obstante, no alcanzará a la totalidad del subsidio, sino que viene establecida en la DT Quinta con la cuantía del 50 por ciento del subsidio cada mes y con el máximo de su monto total; el abono al trabajador de tres meses de

cuantía si el trabajo exige cambio de residencia –descontado de la subvención al empresario– y la bonificación del 50 por ciento de la cuota empresarial por contingencias comunes hasta 12 meses, si se trata de contratación temporal, o la que corresponda según el programa anual de fomento del empleo si la contratación es indefinida.

Se introduce una regla específica –aparte las generales de solicitud en quince días y efectos, etc.– para el caso de cese en el trabajo subvencionado, aunque, dada su difícil inteligencia, la reproducimos literalmente: "obteniendo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos al efecto, dicho subsidio por el total de su cuantía, en tal caso se considerará como período consumido de derecho la mitad del período en el que se compatibilizó el subsidio con el trabajo". En realidad, debe querer decir que se considerará consumido el subsidio en la cuantía en que efectivamente se ha consumido –que es, por razón de la subvención, el 50 por ciento del que hubiera correspondido por el tiempo de trabajo si éste no hubiera existido–.

La norma, en fin, contiene una deslegalización que merece el mismo comentario que realizamos en el análisis de la nueva regulación del pago único, adonde remitimos.

b) Sustitución de trabajadores con permiso de formación

Se establece por otra parte la posibilidad de determinar programas para sustituir con desempleados beneficiarios de prestaciones de desempleo a los trabajadores con permiso de formación. No se aclara en el propio art. 228.4 que habrá que pagarles hasta el salario correspondiente –aunque aquí la subvención empresarial comprende la totalidad del subsidio de desempleo y no sólo la mitad–, y que el empresario debe pagar también las cotizaciones, sino que todos estos extremos se contienen en la DT Sexta del RD-L que, como en el caso anterior, implementa el primero de estos programas.

La DT Sexta matiza que la posibilidad sólo se ofrece a empresas de hasta 100 trabajadores y que las acciones de formación del sustituido deben estar financiadas por cualquiera de las Administraciones Públicas, debiendo acreditarlo la empresa ante el INEM. Esta Transitoria contiene la misma deslegalización que las dos anteriores, para cuyo comentario hemos hecho ya la remisión oportuna.

III. NIVEL CONTRIBUTIVO

A) Prestación y trabajo a tiempo parcial

a) Duración de la prestación

Si hubo períodos de ocupación cotizada a tiempo parcial, su cómputo a efectos carenciales es dudoso, pues tras un período de incertidumbre sobre si dichos períodos se

computaban en función de las horas trabajadas totalizándolas por días, o se computaba un día trabajado por cada día en que existiese cotización, con independencia de a cuántas horas correspondía dicha cotización, existiendo normas contradictorias, la normativa vigente sobre cotización específica en trabajo a tiempo parcial omite la referencia al desempleo, sin que parezca haber sido derogada, al menos expresamente, la norma según la cual, en materia de desempleo "cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada" (art. 2.2 RD 144/1999, de 29 de enero y art. 3.4 RD 625/1985, de 2 de abril).

El problema proviene de la aparición en el ordenamiento de una norma, inicialmente de rango reglamentario, según la cual "en los supuestos de contratos de trabajo a tiempo parcial, a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el Régimen de que se trate, para causar derecho a las prestaciones correspondientes, se computarán las horas o días efectivamente trabajados. A tal fin, cuando se trate de trabajo por horas, el número de días teóricos computables será el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas por el número de las que constituyan la jornada habitual para la actividad de que se trate" (DA Novena RD 2319/1993, de 29 de diciembre). Lo que se planteaba en primer lugar es la regularidad y alcance de la norma. Al respecto se adoptaron varias posturas que aunque con diversos argumentos, pueden sintetizarse así:

a) Dicha norma nació nula por no tener en el momento de su promulgación cobertura legal, por tanto, *quod nullum est nullum efectum produxit*, sin que la posterior cobertura legal, cuando el mismo texto apareció con rango de Ley (art. 4.3 Ley 10/1994, de 19 de mayo), sanara el vicio de nulidad, y la norma no debe aplicarse, debiendo en todo caso esperarse a la promulgación del nuevo reglamento que preveía la norma con rango de Ley posterior.

b) La norma se promulgó en momento de vacío legal sobre el particular, por lo que surtió sus efectos, pero al promulgarse la norma legal (Ley 10/1994), previendo una nueva reglamentación de futuro, desde el momento de entrada en vigor de ésta dejó de tener eficacia hasta su efectivo desarrollo reglamentario (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 17 de mayo de 1996, AS 1515).

c) El nacimiento sin cobertura legal de la norma la hacía inaplicable, pero la Ley (Ley 10/1994) le dio la cobertura legal precisa, por lo que desde el momento de su entrada en vigor ha de considerarse vigente (STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de mayo de 1996, AS 1684 y STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 1996, AS 625).

d) Amalgamando las teorías b) y c), o sin plantearse su génesis, se ha opinado también que la norma era perfectamente válida y aplicable desde su promulgación (STSJ del País Vasco de 15 de marzo de 1996, AS 475; STSJ de Madrid de 30 de marzo de 1995, AS 1313 y STSJ de La Rioja de 18 de mayo de 1995, AS 1796).

A la dificultad de optar por una de las anteriores soluciones expuestas, se unen dos problemas más.

1) En el caso de que la aceptada fuera de las que mantienen en vigor la norma, desde una u otra fecha, el primero es el de la producción de efectos, en los términos siguientes: si ha de aplicarse el modo de cómputo restringido a toda prestación cuyo hecho causante se produzca con posterioridad a la vigencia (solución adoptada, en otro caso por ejemplo, en materia de eficacia de cuotas en el RETA, con la modificación operada por la Ley 22/1993, por la STS en unificación de doctrina de 11 de octubre de 1996, RJ 7618), o bien el cómputo de los períodos cotizados ha de someterse en cada momento a la normativa vigente en el momento en que la cotización se produjo (SSTSJ de La Rioja de 18 de mayo de 1995, AS 1796; Cataluña de 13 de marzo de 1996, AS 1870 y Castilla-La Mancha de 29 de mayo de 1996, AS 1684).

2) El segundo, es el de su aplicabilidad a la normativa de desempleo, en tanto que ninguna salvedad hace al respecto la norma, habiendo durante el mismo tiempo una norma del mismo rango (art. 3.4 RD 625/1985, de 2 de abril) que para el caso del desempleo aplicaba la regla –día cotizado es día computado, con independencia de si la cotización es por jornada completa o parcial–, siendo el art. 4.3 Ley 10/1994, el que por primera vez incluye expresamente la protección por desempleo a los efectos que regula. La solución a este último problema derivaría de que se aplicase bien el criterio *lex posterior derogat anterior* o bien el de *lex specialis derogat generalis*. Este segundo problema presenta a su vez dos momentos cronológicos diferentes, que pudieran incluso condicionar una solución distinta, a saber, antes y después de la entrada en vigor de la Ley 10/1994, que incluye por vez primera entre las prestaciones a que se aplica lo regulado la de protección por desempleo, inclusión que no está en la norma reglamentaria inicial (DA Novena RD 2319/1993, de 29 de diciembre), debiendo tenerse en cuenta además que la Ley 10/1994 remite a posterior regulación reglamentaria, sin que se derogue expresamente el art. 3.4 RD 625/1985.

En fin, al renovarse la regulación del trabajo a tiempo parcial, se introduce una nueva norma con rango legal según la cual "para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica" (DA Séptima.1.cuarta.1 LGSS, redactada por art. 2.2 RD-L 15/1998, de 27 de noviembre y art. 2.2 RD 144/1999, de 29 de enero), de modo que el efecto es, en definitiva y como se adelantaba al principio, la vigencia de la norma según la cual para el desempleo, un día cotizado es un día computable, con independencia de si la cotización se produjo por una jornada completa o parcial, tal como contiene la norma reglamentaria (art. 3.4 RD 625/1985, de 2 de abril) que, o bien nunca fue derogada a través de la procelosa sucesión de normas que se acaba de describir, o bien ha recibido una suerte de "resurrección" por la última norma legal no menos curiosa (véase STSJ de Cantabria de 17 de julio de 2000, AS 3336; STSJ de Madrid de 13 de enero de 2000, AS 1165).

Téngase en cuenta, no obstante, que según el desarrollo reglamentario vigente del trabajo a tiempo parcial, a efectos de cubrir los períodos carenciales, "no serán computables las cotizaciones efectuadas por los trabajadores contratados a tiempo parcial, por duración inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes, durante los períodos que hubieran estado excluidos de protección por dichas contingencias" (DT Segunda RD 144/1999, de 29 de enero). Tales períodos son los comprendidos entre el 24 de mayo de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, que regula el contrato a tiempo parcial excluyendo de protección, entre otras contingencias, por desempleo a los contratos referidos (art. 4.3), hasta la entrada en vigor del propio RD 489/1998, de 27 de marzo, puesto que la derogación de la normativa sobre contratos a tiempo parcial de duración inferior a 12 horas a la semana o 48 al mes se produce por el RD-L 8/1997, de 16 de mayo, cuya DT Cuarta.2 ordena que, hasta que se produzca el desarrollo reglamentario pertinente para la protección de las contingencias hasta entonces excluidas, "se seguirán aplicando, hasta la indicada fecha, las normas en vigor referentes a dicha modalidad de contratación". Idéntico precepto se contiene en la L 63/1997, de 26 de diciembre (tramitación como Ley del RD-L anterior), bajo cuya vigencia se promulga el citado RD 489/1998, de 19 de mayo, que contiene una DT Segunda de idéntico tenor a la del RD 144/1999, de 29 de enero, ahora vigente y que deroga al anterior.

CUANDO LAS COTIZACIONES ACREDITADAS CORRESPONDAN A UN TRABAJO A TIEMPO PARCIAL O A TRABAJO EFECTIVO EN LOS CASOS DE REDUCCIÓN DE JORNADA, CADA DÍA TRABAJADO SE COMPUTARÁ COMO DÍA COTIZADO CUALQUIERA QUE FUERA LA DURACIÓN DE LA JORNADA

Distinto es el caso de la determinación de la duración de la prestación cuando se han disfrutado previamente prestaciones por desempleo parcial, que pueden o no, según el supuesto, afectar a la duración de una prestación subsiguiente, que tenga o no solución de continuidad con ellas. Ello tiene que ver con las posibilidades de situación legal de desempleo que pueden darse en relación con la parcialidad de la jornada bien del empleo que se pierde o del que se mantiene durante la situación legal de desempleo. A ellas nos referimos también más abajo, en el apartado relativo a la cuantía de la prestación. Así pues, y en el caso más sencillo, si se disfruta de una situación de desempleo parcial, a la que sigue, sin solución de continuidad otra de desempleo total derivadas ambas de la inicial reducción de jornada y posterior extinción de un empleo por cuenta ajena a jornada completa, los días consumidos en prestación por desempleo parcial deben ser descontados de la duración de la inmediatamente subsiguiente prestación por desempleo total (STSJ de Madrid de 9 de abril de 1996, AS

2015; STSJ de Cataluña de 12 de abril de 1996, AS 1435) y debe ser descontado un día de prestación por cada día disfrutado en desempleo parcial, aunque, como es evidente, en tales días la prestación de desempleo sólo se consumió por la parte proporcional de la jornada reducida (SSTS de 3 de noviembre y de 23 diciembre de 1994, RJ 8589 y 10228; 6 y 28 de marzo, 19 de mayo de 1995, 3 y 26 de julio, 10 de octubre, 13 y 29 de noviembre de 1995, RJ 1749, 4437, 3989, 5471, 6343, 7680, 8406 y 8769). La situación de desempleo es, así pues, una sola, aunque lo sea primero parcial y luego total.

Si existe, sin embargo, solución de continuidad, habrá de estarse a las normas generales sobre suspensión o extinción de la prestación por desempleo. Así, si entre la situación de desempleo parcial por reducción de jornada y la de desempleo total por extinción del mismo contrato de trabajo, existe un período de prestación de servicios a tiempo completo de duración inferior a un año, tras el que se produce dicha extinción, se tratará de un supuesto de suspensión de la prestación inicialmente nacida como desempleo parcial, y por tanto, de la prestación de desempleo total habrán de descontarse los días percibidos como prestación de desempleo parcial [art. 212.1.d) LGSS]. Si por el contrario ese período dura más de un año, el efecto será la opción establecida en la Ley (art. 210.3 LGSS), entre disfrutar de la prestación por desempleo generada por este nuevo trabajo en su integridad o bien optar por reanudar la anterior, descontándose de ella, en este caso, los días de prestación por desempleo parcial percibidos con anterioridad (STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 1996, AS 4977; STSJ de Castilla y León, Burgos, de 3 de febrero de 1995, AS 547; STSJ de Galicia de 15 de septiembre de 1994, AS 3414).

b) Cuantía de la prestación

Si el desempleo es parcial la prestación se determinará según las reglas generales (art. 211.2 LGSS y art. 4.4 RD 625/1985, de 2 de abril), en proporción a la reducción de la jornada de trabajo (art. 211.4 LGSS), y si lo que sucede es que el empleo que se perdió era a tiempo parcial, pero perdido ese empleo, la situación es de desempleo total, las cuantías mínima y máxima se determinarán teniendo en cuenta el tope del SMI que hubiera correspondido al trabajador en función de las horas trabajadas (art. 211.3 LGSS).

Así pues, las situaciones de desempleo en relación con la parcialidad de la jornada dan lugar a situaciones diversas, a saber:

– La reducción de jornada (como se sabe, si es transitoria y ha sido autorizada por expediente de regulación de empleo), provoca una situación de desempleo parcial. En tal caso, y puesto que la base reguladora de la prestación se calculará conforme a las bases de cotización por tiempo completo existentes antes de la reducción de jornada, la cuantía se determinará proporcionalmente a la reducción de jornada. Si con posterioridad el contrato de trabajo resulta extinguido, según parece, se percibirá la misma prestación, ya en su totalidad, pero habrán de reputarse totalmente consumidos los días en que la prestación se recibió parcialmente por la reducción de jornada anterior. Será pues la duración

y no la cuantía de la prestación la que resulte afectada en estos casos (STSJ de Madrid de 9 de abril de 1996, AS 2015; STSJ de Cataluña de 12 de abril de 1996, AS 1435).

– En el supuesto de pérdida de un trabajo a tiempo parcial, si es el único que se desarrollaba, la situación de desempleo es total. La cuantía de la prestación se determinará de conformidad a las reglas generales, teniendo en cuenta únicamente que dicha cuantía, así determinada, no podrá superar el límite del SMI en proporción a las horas trabajadas [art. 211.3 LGSS]. Es decir, por ejemplo, que si el trabajo perdido ocupaba la mitad de la jornada, y el trabajador no tiene hijos, la cuantía no puede superar la mitad del 170 por ciento del SMI. Son así pues sólo los topes de la prestación los que se ven afectados, en estos casos, por la parcialidad del empleo perdido, pero no la cuantía, a la que no ha de aplicarse proporción alguna (no, desde luego, la del art. 211.4, que se refiere a la situación de desempleo parcial; STSJ de Andalucía, Málaga, de 26 de junio de 1998, AS 3555), pues la cotización con cuyas bases se ha calculado la base reguladora de la prestación ya correspondía al trabajo a tiempo parcial perdido.

– En cualquiera de los casos en que se pierda un trabajo, sea éste a tiempo completo o lo sea a tiempo parcial, si existía situación de pluriempleo y se mantiene otro trabajo a tiempo completo, no hay situación legal de desempleo y por tanto no hay derecho a prestación (art. 15.3 RD 625/1985, de 2 de abril). (No obstante, para un caso dudoso sobre si el trabajo mantenido es o no a tiempo completo –personal estatuario facultativo, médicos de cupo y zona– véanse, contradictorias, las SSTSJ de Madrid de 29 de abril de 1997, AS 1372 y 21 de noviembre de 1996, AS 3745, que consideran que es un trabajo a tiempo completo y STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2000, AS 591, que considera que no lo es. A nuestro juicio, tienen razón las primeras.)

– Si, en la situación de pluriempleo, se pierde un trabajo a tiempo completo y se mantiene un trabajo a tiempo parcial, existe derecho a la prestación por desempleo, y se está ante un caso de compatibilidad de la prestación con el trabajo a tiempo parcial. Entonces, "se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado" (arts. 221.1 LGSS y 15.3 RD 625/1985, de 2 de abril). Dicha deducción supone que debe determinarse la proporción de jornada que ocupa el trabajo a tiempo parcial que se mantiene, y de la prestación determinada por la pérdida del trabajo a tiempo completo, sólo ha de abonarse un porcentaje igual al tiempo de jornada que, en función de la jornada ordinaria del sector del trabajo a tiempo parcial que se mantiene, no está ocupado en ese mismo trabajo, *vgr.*, si el trabajo a tiempo parcial mantenido ocupa el 75 por ciento de la jornada ordinaria en su sector, sólo se satisfará el 25 por ciento de la prestación relativa al trabajo a tiempo completo que se pierde (STSJ de Cataluña de 8 de enero de 1998, AS 5090).

– Si lo que existe es la realización de varios trabajos a tiempo parcial, la determinación de las prestaciones correspondientes se realizará en función de si su pérdida deja al beneficiario en situación de desempleo parcial (sólo se pierde alguno de los trabajos a tiempo parcial, pero se mantiene alguno) o total (se pierden todos los trabajos a tiempo parcial mantenidos). La regla general, en tales casos, es que cada trabajo a tiempo parcial genera, en caso de pérdida, su propia prestación por desempleo, sin que se vea influido

por los restantes mantenidos (STS de 9 de julio de 2001; STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 1999, AS 399). Así, según la norma "cuando el trabajador realice dos trabajos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo que le corresponda, sin deducción alguna. La obtención de un nuevo trabajo a tiempo parcial será incompatible con la prestación o subsidio que se le hubiera reconocido" (art. 15.4 RD 625/1985, de 2 de abril). Pero esta previsión, según la doctrina jurisdiccional, será aplicable, de modo lógico, según los distintos trabajos realizados a tiempo parcial rebasen o alcancen o no la jornada completa (STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 1998, AS 2806) en su cómputo conjunto.

Así, es claro que generarán, como la norma dice, independientemente sus prestaciones si sumados no alcanzan, en ninguno de los sectores a que corresponden los trabajos, la jornada completa, pero no lo es tanto si no sucede así, y ello aun cuando la suma de los porcentajes relativos de Jornada en cada sector supusieran una cantidad inferior al 100 por ciento. De hecho, los Tribunales de Justicia han considerado que la regla general expuesta opera en los casos de existencia de sólo dos trabajos a tiempo parcial, pues si se mantiene una situación de "sobre-empleo", en que, *vgr.*, se ocupan tres trabajos a tiempo parcial y se pierde uno de ellos, dicha situación puede no ser constitutiva de situación legal de desempleo (STSJ de Aragón de 22 de julio de 1998, AS 2757).

B) La suspensión de la prestación

a) Suspensión como sanción: su nuevo régimen legal, extinción y reincidencia

El nuevo art. 212.1.a) LGSS, que sustituye al anterior, modifica el período de suspensión por sanción remitiéndolo a la LISS, que lo establece en su art. 47.1.a) y b), también modificados por el RD-L 5/2002.

Se añade así la posibilidad de aumentar el período de suspensión y hasta la extinción por sanción en caso de reincidencia.

El nuevo art. 47.1.a) LISS modifica las sanciones leves para las prestaciones de desempleo, sustituyendo la mera sanción de un mes de suspensión que antes contenía, tanto este precepto como el art. 212.1.a) LGSS, e introduciendo una escala que aumenta la sanción a los beneficiarios de prestaciones de desempleo en el caso de reincidencia. Así, en lugar de la sanción de pérdida de un mes de prestación o subsidio existente hasta ahora, se establece la sanción de pérdida de 3 meses para el caso de la 2ª infracción, 6 para la 3ª y extinción para la 4ª. No obstante, la reincidencia se remite al plazo de 365 días del art. 41.1 de la propia LISS, si bien, con una importante matización: la reincidencia, en este caso, no exige, como en el art. 41, que la infracción sea "del mismo tipo y calificación", sino que se considerará existente "con independencia del tipo de la infracción", de modo que a efectos de reincidencia será computable, en el plazo temporal citado, cualquier infracción cometida por el beneficiario, cualquiera que sea su tipo y no sólo las de

desempleo (pero sí, claro está, que sea de las tipificadas en la LISS; no las infracciones laborales sometidas al poder disciplinario empresarial).

Por su parte el nuevo art. 47.1.b) modifica del mismo modo que el anterior las sanciones graves (aparte la nueva infracción que introduce en materia de incapacidad temporal, que no interesa ahora a nuestro estudio –pero sí para el cómputo de la reincidencia, como hemos visto–) insertando para las infracciones graves del art. 17.2 LISS una escala para el caso de reincidencia similar a la recién vista para las leves, y con los mismos efectos, pero con tres tramos en lugar de cuatro, de modo que a la 3ª infracción –también con independencia de tipo y grado– si es grave, procede la extinción de las prestaciones. Resulta de justicia apuntar, empero, que en este punto la reforma operada por el RD-L 5/2002 dulcifica el régimen sancionador de las infracciones graves que se establecía en los anteriores arts. 47.1.b) y 17.2 LISS, en concordancia con el también ahora derogado art. 213.b) LGSS. Si hasta ahora bastaba el rechazo de una oferta de empleo adecuada para provocar el efecto de extinción de la prestación o subsidio de desempleo disfrutado, a partir de la reforma una sola conducta de ese tipo no será suficiente, en los términos de la escala que acaba de ser reseñada, si bien no debe olvidarse que cualquier infracción, en los términos también recién vistos, será acumulable a efectos de alcanzar, a la tercera, la extinción prestacional.

EN LA PERCEPCIÓN DE LA PRESTACIÓN EN PAGO ÚNICO PARA EL FOMENTO DEL AUTOEMPLEO SE ABONARÁ SÓLO LA PARTE PRECISA PARA ESA "INVERSIÓN NECESARIA", OBTENIENDO EL RESTO MEDIANTE LA SUBVENCIÓN DE COTIZACIONES, CON EL FIN DE EVITAR EL FRAUDE

Se traslada al art. 47.3 la previsión sobre pérdida de inscripción y sus derechos que acompañaba hasta ahora a las sanciones graves; pero este traslado no es una mera reubicación, pues con su nueva situación esta pérdida no acompaña sólo a las sanciones graves como hasta ahora, sino también a las leves, lo que corrobora el acierto de la última jurisprudencia dictada en materia de recurso sobre infracciones, según se expone en el siguiente epígrafe. Por otra parte, y puesto que el régimen de reincidencia no es ya el mismo para estas infracciones que para el resto, desaparece de este precepto la remisión genérica que operaba en esta materia al art. 41.1 LISS.

b) Su impugnación jurisdiccional

La impugnación jurisdiccional de esta sanción, cuyo conocimiento corresponde al orden social de la Jurisdicción (art. 233 LGSS), ha dado lugar a un variado elenco de resoluciones jurisdiccionales carentes de unidad en cuanto a su forma y

contenido. Así, para empezar, y aunque algunas salas han admitido el recurso de suplicación contra las sentencias de instancia sobre estos asuntos (*vgr.*, STSJ de Aragón de 4 de diciembre de 1996, AS 4037), otras, mayoritariamente, consideran que no cabe contra las sentencias de instancia recurso de suplicación, tanto porque por razón de la cuantía (en virtud de la jurisprudencia del TS según la cual en materia de prestaciones de la Seguridad Social, y no tratándose de su reconocimiento o denegación, deben superarse las 300.000 pesetas en cómputo anual) no se alcanza el límite mínimo fijado, como porque por razón de la materia, no se trata de impugnación de sanción muy grave sino leve (art. 189 LPL). Sin embargo, las salas, en cuanto a esta inadmisión del recurso, no utilizan las mismas resoluciones judiciales para decidir, de modo que mientras algunas lo hacen por medio de Sentencia (STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de enero de 2000, AS 254), otras declaran esta inadmisibilidad por medio de Auto (entre otros, ATSJ de Madrid de 9 de enero, 10 de julio y 29 de septiembre de 1997, núms. de autos 6165/96, 3512/97 y 4362/97). Dicha diferencia en la forma de la resolución es importante, por cuanto las posibilidades de recurrir contra ella dependen precisamente de su forma, de modo que mientras contra la sentencia de suplicación cabe interponer recurso de casación para unificación de doctrina, contra el auto de la Sala del TSJ sólo cabe recurso de súplica ante la misma Sala.

En cualquier caso, la última jurisprudencia sobre este asunto parece concluir que el recurso de suplicación es admisible, pues aunque por las razones antes citadas y específicamente descartando la afectación general, la STS de 21 de febrero de 2000, RJ 2059, rechaza la posibilidad de interposición de recurso de suplicación, la posterior STS de 26 de septiembre de 2000, RJ 9645, que sigue a las de 5 de abril de 2000, RJ 3281 y de 14 de abril de 2000, RJ 5881, lo admite, en particular dado que a la sanción de pérdida de un mes de prestación, que en efecto no alcanza las 300.000 pesetas, se une la de pérdida de la inscripción como desempleado, que supone un conjunto de derechos de valor inestimable (STSJ de Aragón de 4 de junio de 2001). Esta jurisprudencia será ahora aplicable con más razón, dado que las sanciones pueden, de acuerdo con el nuevo art. 47 LISS, alcanzar mayores períodos de suspensión de la prestación, y hasta su extinción por reincidencia.

c) Suspensión por realización de trabajo inferior a doce meses: el trabajo por cuenta propia

En cuanto al tipo de trabajo (por cuenta propia o ajena, o susceptible o no de cotización por desempleo) que hace operar la causa suspensiva, la doctrina jurisdiccional está igualmente dividida. Así, existe una posición según la cual si el trabajo es por cuenta propia o por cuenta ajena que no genera derecho a prestación (contratos de formación, empleados del hogar, trabajo a tiempo parcial de menos de 12 horas a la semana o 48 al mes realizado entre el 24 de mayo de 1994 y el 1 de mayo 1998), la suspensión se mantiene aunque la duración sea superior a un año (STS de 18 de marzo de 1998, Ar. 3252, en Sala General, pero con voto particular discrepante de seis Magistrados; STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 1997, AS 2520; STSJ de Andalucía, Sevilla, de 26 de marzo

de 1998, AS 2001). Dicha opinión se basa, fundamentalmente, en dos órdenes de razones: la primera, en una interpretación sistemática y espiritualista de la legislación, dado que si el trabajo de duración igual o superior a doce meses extingue las prestaciones, lo hace precisamente porque dicho trabajo genera por sí mismo nuevas prestaciones –no dejando así al beneficiario en situación precaria, en caso de cese–, lo que se ve corroborado al ofrecer la normativa correspondiente [arts. 213.1.d) y 210.3 LGSS], en tales casos, la opción por disfrutar la nueva prestación generada o "resucitar" (ROMERO) la antigua, inicialmente extinguida, por el período que restase de su disfrute. La segunda, porque si se entiende que el trabajo por cuenta propia –que no genera derecho a prestaciones por desempleo– de duración superior a un año extingue la prestación anterior generada y no disfrutada, se hace de mejor condición al desempleado pasivo, que generada la prestación confía en su disfrute, que a quien trata de remediar su situación de desempleo mediante la opción, no exenta de riesgos, del trabajo autónomo, y se potenciaría así, en definitiva, el desempleo en lugar del empleo. En contra de esta postura, sin embargo, otras Salas defienden que cualquiera que sea la clase de trabajo que se realice, si su duración es igual o superior a un año, extingue la prestación generada y no agotada, dado el claro tenor literal de las normas legales [arts. 212.1.d) y 213.1.d) LGSS] que no hacen distinción alguna al efecto. Además, la redacción legal de la opción cuando se produce ese nuevo trabajo viene, en opinión de esta posición, a corroborar la solución descrita, por cuanto proporciona la opción "en el caso de que se le reconozca una nueva prestación" (art. 210.3 LGSS), de modo que contempla también los casos en que dicha prestación no se reconozca, como sucede cuando el trabajo es por cuenta propia (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 8 de marzo de 1995, AS 930; STSJ de Cantabria de 20 de octubre de 1995, AS 3807; STSJ de Valencia de 18 de noviembre de 1997, AS 4762). Por último la solución contraria, es decir, reconocer la suspensión de la prestación en los casos de trabajo por cuenta propia, con independencia de su duración, dejaría a las prestaciones de desempleo, en tales supuestos, en una situación de eterna pendencia, contraria a la seguridad jurídica.

En otro orden de cosas, el plazo para la solicitud de la prestación, si a la situación legal de desempleo sigue una situación de empleo autónomo –cuya duración sea inferior a un año– queda suspendido en su cómputo hasta el cese en ese empleo autónomo, dado el "principio de valoración positiva del trabajo" que la jurisprudencia viene invocando últimamente, y que en otro caso haría de mejor condición al desempleado que se conforma con percibir su prestación que a aquél con mayor diligencia que trata de remediar su situación de desempleo intentando desarrollar un trabajo autónomo (STS de 11 de julio de 2001).

C) Percepción de la prestación en pago único y alternativas para el fomento del autoempleo

Como es sabido, la modalidad de percepción de la prestación en pago único como medida de fomento del autoempleo constituyó una ocasión de fraude que motivó ya su reestructuración en 1992, cuando la Ley 22/1992, de 30 de julio, eliminó la posibilidad de percepción de este modo para el establecimiento como autónomo, manteniéndola sólo para quienes generen su autoempleo como socios trabajadores de una cooperativa o sociedad laboral. Es lo cierto que esta modificación ha generado otra suerte distinta de

fraude, pues la exigencia de la forma societaria ha motivado en multitud de ocasiones que para la percepción del pago único se haya constituido una falsa Sociedad (en muchas ocasiones formada por quien en realidad va a trabajar como autónomo y algunos de sus parientes, por poner un ejemplo típico) pero también lo es que la modificación sirvió para reducir notablemente los supuestos en que, tras la percepción del pago único, el beneficiario consumía sin más la prestación sin lograr –a veces sin intentar siquiera– su autoempleo.

El legislador vuelve ahora a retocar esta posibilidad, y aunque no suprime –como se había anunciado en la propuesta de reforma que fue entregada a los interlocutores sociales el 17 de abril de 2002– el pago único para cambiarlo por la mera subvención de las cotizaciones (que ya estaba en el ordenamiento, art. 4.2 RD 1044/1985, de 19 de junio), sino que se añade la posibilidad de que se realice como hasta ahora o bien mediante la citada subvención de las cotizaciones, e incluso, como se explicará enseguida, combinando ambas posibilidades, lo cierto es que reduce considerablemente la posibilidad del pago único en favor de la de subvención de las cotizaciones; en definitiva, se produce también una notable reducción en la percepción de esta modalidad de pago único.

Queda afectada así la regulación del RD 1044/1985, de 19 de junio. Por una parte, la DT Cuarta del RD-L 5/2002 inserta el nuevo requisito de que los socios trabajadores deban incorporarse en cooperativas o sociedades laborales "en las que previamente no hubieran cesado", sin límite de ese tiempo previo. Por otra parte, se posibilita también el págo único para establecerse como autónomos de quienes tengan una minusvalía igual o superior al 33 por ciento –algo que ya había articulado el art. 31 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre– y en la nueva modalidad de percibo como subvención a las cotizaciones se vuelve a permitir su disfrute por quienes, sin más, se constituyan como trabajadores autónomos, sin necesidad de que se trate de personas con minusvalía ni de que se integren en una cooperativa o sociedad laboral.

Pero posiblemente más transcendente que estas afecciones sea la que con habilidosa discreción inserta la DT Cuarta RD-L 5/2002, según la cual, el abono por una sola vez se realizará "por el importe que corresponda a la aportación obligatoria en el caso de cooperativas o sociedades laborales, o a la inversión necesaria para desarrollar la actividad en el caso de trabajadores autónomos con minusvalía". Ello quiere decir que no se abonará al beneficiario, como hasta ahora, toda la prestación que le restase por percibir, sino sólo la precisa para esa "aportación obligatoria" o "inversión necesaria". La restante, "se podrá obtener", como dice la propia norma, mediante la subvención de cotizaciones que hemos apuntado. Pero no se olvide que esta subvención ya se producía, por el 50 por ciento de la cuota (o el 100 por ciento en caso de otro régimen –cooperativas y sociedades laborales–) con anterioridad (art. 4.2 RD 1044/1985), y además se hacía con cargo al INEM, y no con cargo a la propia prestación del beneficiario no entregada, como se hará a partir de ahora, debiéndose entender por tanto ese precepto derogado. La reducción tiene un alcance digno de consideración.

En la DT Cuarta se regula también la gestión del nuevo modo de pago único –subvención de las cotizaciones del trabajador a la Seguridad Social–, de modo similar a como venía operando la bonificación de cotizaciones hasta ahora. El autónomo sigue obligado al pago, pero le serán reintegradas las cotizaciones satisfechas, con cargo a la prestación por desempleo generada, previa presentación, trimestralmente, de los documentos acreditativos de dichas cotizaciones.

La Disposición Transitoria Cuarta RD-L 5/2002, que estamos analizando, contiene además una deslegalización del siguiente tenor: "El Gobierno podrá modificar, mediante Real Decreto, lo establecido en el apartado 1 anterior". Lo curioso de esta deslegalización es que lo es por mor de la propia norma legal deslegalizada. Nos explicamos. Con anterioridad, al existir sólo la previsión genérica del art. 228.3 LGSS, el RD 1044/1985 establecía, en desarrollo necesario de la ley, los requisitos correspondientes que, obviamente, podían ser modificados –como lo fueron, aunque por ley, la Ley 22/1992, de 30 de julio, así como por otras posteriores– por nueva norma reglamentaria. Ahora, sin embargo, los nuevos requisitos se establecen en norma de rango legal, y por tanto resulta más dudosa la modificación por posterior norma reglamentaria que la misma norma propicia. No obstante, no es una acción desconocida por la legislación laboral –sin ir más lejos, respecto de la propia prestación de desempleo, *vid.* la Disposición Final Quinta.2. LGSS, que autoriza al Gobierno a modificar la duración y la cuantía de las prestaciones de los arts. 210, 216 y 217 de la propia Ley–.

LA REFORMA MÁS TRANSCENDENTE EN EL NIVEL ASISTENCIAL SUPONE REDEFINIR EL CONCEPTO DE RENTA IMPUTABLE A EFECTOS DEL TOPE PARA EL NACIMIENTO DEL SUBSIDIO, CONSIDERANDO COMO RENTA LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO, EXCEPTO LA PERCIBIDA POR EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO

D) Extinción del derecho por sanción: la dualidad competencial y de órdenes jurisdiccionales

Ya se ha visto que el RD-L 5/2002 aborda una reforma del sistema de sanciones para posibilitar la extinción en caso de una *sui generis* reincidencia [*vid.* epígrafe III.B).a)]. No se aprovecha la ocasión, sin embargo, para resolver el problema de dualidad competencial y jurisdiccional que plantea el sistema sancionador. Dicho problema se plantea como sigue.

La Ley atribuye por una parte al INEM las competencias, entre otras, para la extinción de las prestaciones y su control, y el reintegro de pagos indebidos (arts. 226, 227 y 229 LGSS), lo que, por cierto, determina que el INEM pueda, de oficio, revisar por sí mismo sus actos declarativos de derechos sin tener que interponer demanda y exceptuando así el régimen gene-

ral del art. 145 LPL (STS de 21 de marzo de 2001, Ar. 3398). Por otra parte, y aunque en materia de infracciones y sanciones remite a la norma específica, la Ley reconoce la jurisdicción del orden social para el conocimiento de los recursos que se interpongan contra las resoluciones del INEM y específicamente, las relativas a la exigencia de devolución de prestaciones indebidamente percibidas y "las relativas a la imposición de sanciones a los trabajadores por infracciones leves y graves" (arts. 232 y 233 LGSS).

Por su parte, la normativa específica sobre sanciones atribuye la competencia sancionadora al INEM para la imposición de sanciones por infracciones leves y graves y a la autoridad competente, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para las muy graves (art. 48.4 LISOS).

Esta doble atribución competencial determina, a su vez, la jurisdicción competente para conocer de la impugnación de la actuación sancionadora. Así, cuando la sanción haya sido impuesta por el INEM, en ejercicio de las competencias que le son atribuidas, será recurrible ante el Orden jurisdiccional Social. Por el contrario, cuando la sanción, por ser muy grave, haya sido impuesta por la autoridad competente –central o autonómica, según el caso (art. 48.5 LISOS)–, su impugnación, al tratarse de actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo en materia laboral, será conocida por el Orden Contencioso-administrativo (art. 3 LPL). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que existe un precepto procesal, aun no en vigor, según el cual "los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las pretensiones sobre: las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones del orden social", pero para que este precepto entre en vigor, es preciso, según la propia Ley, el desarrollo de modalidades procesales específicas, cuya regulación determinará esa entrada en vigor y que aún no se han producido (art. 3 LPL en redacción dada por la DA Quinta Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a su vez redactada por la DA Vigésima Cuarta.2 Ley 50/1998, de 30 de diciembre).

IV. NIVEL ASISTENCIAL

A) La ampliación del concepto de rentas

Probablemente la modificación más transcendente en el nivel asistencial sea la del art. 215.3 LGSS, que redefine el concepto de renta imputable a efectos del tope para el nacimiento del subsidio, incluso los rendimientos que pueden imputarse al montante económico del patrimonio, por el 50 por ciento del interés legal del dinero, y –lo que es más trascendente– se considera como renta, siempre que se haya percibido en el año anterior al nacimiento del subsidio, si se percibe en un pago único, pero en todo caso, si se percibe en pago periódico, la indemnización por despido, con excepción de la percibida por expediente de regulación de empleo iniciado con anterioridad a la vigencia del RD-L.

La norma viene a quitarnos la razón a quienes postulamos una interpretación de los conceptos económicos laborales desligada de lo tributario: para una vez que ello se hace en contra de los trabajadores, pues hasta el ordenamiento tributario, que considera la indemnización legal exenta de tributación, y la superior a la legal como un rendimiento irregular (plurianual) puede ser más beneficiosa para ellos. Y es que esta nueva regulación puede plantear algún problema aplicativo: piénsese que computando como renta la indemnización algún beneficiario puede quedar excluido del subsidio por superar el límite de rentas precisamente al sumar el monto de su indemnización por despido. Bien es cierto que para que ello suceda, en los casos de indemnización en pago único, han de darse un conjunto de circunstancias –período de cotización inferior a tres años (porque uno mayor da derecho a una prestación por desempleo de un año, con lo que la indemnización ya no se percibe en el año anterior al subsidio); salario alto del trabajador, para que la indemnización, con una antigüedad de menos de tres años alcance una suma considerable o bien que el trabajador tenga cierto potencial económico, para que la suma de esta y otras rentas superen el límite del art. 215)– que quizás aconsejan la exclusión del sujeto como beneficiario del subsidio, pero ello es siempre una conjetura que puede estar más o menos lejos de la realidad, y lo cierto es que, dado lo complejo que puede resultar la averiguación de la verdad de las cosas, y dado que la naturaleza de la indemnización dista mucho de ser *renta* y sólo en muy pequeña parte compensa el grave daño a una economía personal o familiar que es la pérdida de un empleo, bien pudieron dejarse las cosas como están, sin considerar renta la propia indemnización, y pudiendo considerar como tal, como la sabia jurisprudencia aconseja, los rendimientos que la indemnización pueda producir administrada con la diligencia propia de un buen padre de familia.

Más problemas parece presentar este nuevo concepto de renta en los casos de los subsidios para mayores de 52 años, acaso precisamente uno de los grupos más necesitados de subsidio, por cuanto se encuentran entre los que tienen mayores dificultades para volver a emplearse, como demuestran, por otra parte, otros extremos de la reforma, como la subvención salarial articulada por el nuevo art. 228.4 LGSS y la DT Quinta RD-L 5/2002. Y es que el cómputo como renta de la indemnización –que en muchos casos es alta, dada la antigüedad de estos trabajadores en las empresas– unido a que su entrega, en muchas ocasiones –se trata de expedientes de regulación de empleo arbitrados como "planes" de prejubilación– se realiza en pagos períodicos y no a tanto alzado, dificultará el acceso de estos trabajadores al subsidio citado. Pero acaso sea precisamente éste el objetivo de la reforma, –la eliminación de los expedientes articulados como prejubilaciones–, por cuanto ya hace tiempo se venía hablando de la inconveniencia de utilizar estas medidas como herramientas para la *competitividad* de las empresas, y se ha querido optar justamente por la táctica contraria, a saber, la prolongación de la vida activa, como es fácil comprobar a la vista del también reciente RD-L 16/2001.

El problema, grave, es que si los trabajadores mayores de 52 años no pueden acceder al subsidio, y dadas sus dificultades de colocación –no podrán acceder a los contratos con subvención salarial precisamente por su falta de condición de beneficiarios del subsidio, su ruptura con el sistema es de graves consecuencias no sólo para su protección inmediata, sino para siempre, por la influencia que ello puede tener en la pensión de jubilación.

La DT Tercera del RD-L 5/2002 excluye del cómputo como renta a las indemnizaciones correspondientes a expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia del RD-L y que sean la causa de la situación legal de desempleo, siendo válida esta regla también para los casos de suspensión o extinción de un subsidio también nacido con anterioridad por realización de trabajo. Se salvaguardan así los derechos de quienes con anterioridad a su entrada en vigor suscribieron uno de los meritados "planes de prejubilación".

B) El refuerzo de los controles sobre el subsidio: nuevamente sobre la imputación presuntiva de fraude

La Ley 24/2001 inserta dos nuevos apartados, el 4 y 5, en el art. 219 LGSS. Hasta ahora, este precepto, intitulado "dinámica del subsidio" establecía sus momentos de nacimiento y extinción, y fue ya objeto de ampliación su texto en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, para "aclarar" –porque la doctrina jurisdiccional ya venía interpretando que el devengo del subsidio exigía el mantenimiento de las condiciones (de carestía económica) que condicionaban su concesión– que la obtención de rentas por encima del límite máximo, tras la concesión del subsidio, o la desaparición de las cargas familiares en su caso, motivarían también su extinción, pero pudiendo obtenerse nuevamente si volviera la situación de necesidad y se continuasen cumpliendo los requisitos exigidos (art. 219.2, 2º párrafo, LGSS, inserto por Ley 13/1996).

Se introdujeron por la Ley 24/2001 dos nuevos preceptos de los cuales uno parece tener aplicación general y otro es específico para el subsidio para mayores de 52 años. Una primera vista de los nuevos mandatos predispone ya en su contra dado su exceso de redacción (se nos acusará de prejuicio, y no faltará razón, pero aparte los principios generales sobre la legislación de homogeneidad, exhaustividad y redacción articulada –los tres, por cierto, incumplidos por la Ley 24/2001, como por todas las de su clase– la concisión en las leyes es una condición elemental, tanto porque sólo los mandatos precisos y abarcables son posibles de retener en la mente, y por tanto de cumplir, como porque siendo el mecanismo de aplicación de las leyes necesariamente su interpretación, cuanto más texto, más dudas interpretativas, más opiniones, más inseguridad jurídica y por tanto menos eficacia).

La norma que introdujo los dos nuevos preceptos (art. 34.diez Ley 24/2001) contiene un apartado 2 en que hace aplicables las nuevas previsiones a los subsidios que ya hubieran nacido con anterioridad a su promulgación.

a) El nuevo control general sobre el subsidio

Con el nuevo texto legal (art. 219.4 LGSS) se elimina la prórroga automática de los subsidios según la cual –salvo las excepciones– se concedían por seis meses, prorrogables –automáticamente– hasta su duración máxima (como norma general, pero también muy exceptuada, dieciocho meses) (art. 216 LGSS). Ahora, los beneficiarios deben presentar cada seis meses una solicitud de prórroga "acompañada de la documentación acreditati-

va del mantenimiento de los requisitos de acceso". He aquí el primer problema interpretativo, que se traduce además en todo caso en una mayor burocratización del subsidio. ¿Cúal ha de ser esa "documentación" acreditativa? Siendo cada seis meses, es claro que no coincidirá con la fiscal en la mayoría de los casos, en que los beneficiarios sólo tramitan, si acaso, la correspondiente al IRPF –anual, como se sabe– y en cuanto a las cargas familiares, no parece que los libros de familia y demás documentos tengan un trámite ni una periodicidad de cambio aproximadamente semestral. Se somete así al beneficiario a una absurda reiteración de los mismos documentos –con ignorancia, por cierto, de lo que dispone el art. 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de procedimiento administrativo, que otorga a los administrados el derecho a no presentar documentos "que ya se encuentren en poder de la Administración actuante"–.

Por otra parte se somete este requisito al mismo plazo de 15 días cuyo transcurso opera la reducción del subsidio en los días transcurridos, según la norma general del art. 209.2 LGSS.

Este nuevo precepto además, condiciona la prórroga, pero a criterio del INEM –"podrá exigir", dice el texto– a la suscripción de "un compromiso de realizar acciones favorecedoras de su inserción laboral", prescripción que se nos antoja bastante prescindible por cuanto tales acciones están contempladas ya por el ordenamiento, como obligatorias para los beneficiarios, antes en el art. 213.1.b) LGSS, derogado por la Disposición Derogatoria RD-L 5/2002 y ahora por los nuevos arts. 213.1.c) y 231 LGSS, insertos por el mismo RD-L. En el colmo de la precisión legislativa innecesaria, el precepto termina ordenando que "los servicios públicos de empleo aplicarán a los trabajadores que hayan suscrito el compromiso las citadas acciones", precepto también cuya sobra se comenta por sí sola.

LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN PODRÍA SER CONSIDERADA COMO UNA MODALIDAD MÁS DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO CON LA PARTICULARIDAD DE QUE COMBINA EL SUBSIDIO CON LA OBLIGACIÓN DEL PERCEPTOR DE REALIZAR ACTIVIDADES ORIENTADAS A MEJORAR SU EMPLEABILIDAD

b) El control específico del subsidio para mayores de 52 años

El nuevo art. 219.5 exige a los beneficiarios del subsidio para mayores de 52 años presentar al INEM, cada doce meses "una declaración de sus rentas, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda". La falta de presentación, en los 15 días siguientes al cumplimiento del plazo, supondrá la interrupción del pago, con el efecto general de pérdida del subsidio hasta que se realice.

Como se ve, esta segunda nueva norma es simplemente una especificación de la anterior que concreta más la documentación acreditativa –declaración de rentas–. La duda, por tanto, es si esta exigencia específica desplaza a la general del nuevo art. 219.4 LGSS y así debe ser, so pena de convertir en inútil la previsión, pues si los beneficiarios del subsidio para mayores de 52 años tuvieran que presentar la documentación cada seis meses, según dispone la regla general del art. 219.4, el art. 219.5 quedaría vacío de contenido, porque su mandato entra dentro de lo que el primero manda hacer cada seis meses. Así pues, la virtualidad del art. 219.5 consiste en exonerar a los beneficiarios de la presentación de algunos de los documentos que exige el art. 219.4 –la solicitud de prórroga; el resto de documentos acreditativos de los requisitos de acceso, salvo del de las rentas– y en dilatar el plazo de presentación de 6 a 12 meses.

C) El subsidio para mayores de 52 años: aumento de su período de percepción

Previamente a la lectura de este epígrafe, llamo la atención del lector sobre lo que se dice, acerca de este subsidio, cuando se trata, de forma general, la ampliación del concepto de rentas en el epígrafe IV.A) de este trabajo.

El RD-L 16/2001, de 27 de diciembre, (actual Ley 35/2002, de 12 de julio) realiza una sencilla modificación del art. 216.3 LGSS que, sin embargo, supone una importante reforma de su régimen jurídico, pues supondrá, en los casos en que corresponda, un aumento de 5 años en la percepción de este subsidio.

En efecto, la Ley mantenía el subsidio, antes de la reforma, "hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades". Y entre ellas, para la mayor parte de los trabajadores beneficiarios de este subsidio, estaba la jubilación anticipada a los 60 años, si han cotizado antes de 1967 (DT Tercera LGSS; DT Primera.9 Orden de 18 de enero de 1967). Este solo hecho, así pues –el de haber cotizado antes de 1967–, les permitia "acceder a la pensión contributiva" en los términos del antiguo art. 216.3 LGSS y por tanto les obligaba a jubilarse si al cumplir los 60 años estaban percibiendo el subsidio por desempleo. El problema era que, en esta clase de jubilación anticipada, como se sabe, se descuenta un 8 por ciento de la base reguladora por cada año que falte para el cumplimiento de los 65 años, de modo que estos beneficiarios se veían obligados a aceptar la jubilación con una drástica rebaja del 40 por ciento en su cuantía. A este grupo habría que añadir, desde la promulgación del propio RD-L 16/2001, de 27 de diciembre, uno nuevo, por la inserción de un nuevo art. 161.3 LGSS, de trabajadores que inscritos al menos durante seis meses como desempleados tengan al menos 30 años cotizados y cuyo contrato de trabajo no se extinguiera por su voluntad. Para ellos, la Ley posibilita ahora también la jubilación anticipada, a partir de los 61 años, con pérdida de un porcentaje de cuantía por año que falte hasta los 65 que oscila, en función de los años cotizados, entre un 6 y un 8 por ciento.

Pues bien, según el nuevo texto del art. 216.3 LGSS, que cumple en este punto con lo previsto en el punto IV.2.c), tercer párrafo, del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del

Sistema de la Seguridad Social suscrito por el Ejecutivo y el sindicato CCOO en la primavera de 2001, el subsidio para mayores de 52 años se extenderá ahora "como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión de jubilación".

La intención del precepto, probablemente, no es meramente subsidiar en mayor medida a estos desempleados, sino precisamente no apartarles del "mercado de trabajo" –lo que sucedía si se les obligaba a jubilarse– pues no se olvide que la percepción del subsidio está sometida a las reglas generales del desempleo, que implican la aceptación por el perceptor de un trabajo adecuado si les es ofrecido. Ello unido al resto de las medidas legales operadas últimamente –y en el propio RD-L citado– para fomentar el mantenimiento de los trabajadores de mayor edad en activo, supondrá –si se obtiene el éxito esperado– un ahorro del sistema, al retrasar su jubilación.

La conclusión anterior, extraíble meramente de las modificaciones operadas por la Ley 24/2001 y el RD-L 16/2001, se ve corroborada ahora con las realizadas por el RD-L 5/2002, que a través del juego de los nuevos art. 228.4 LGSS y DT Quinta RD-L 5/2002, identifica precisamente a los perceptores del subsidio para mayores de 52 años como los únicos obligados a aceptar la compatibilidad entre el trabajo y el subsidio que supone, como hemos expuesto más arriba, una subvención salarial para el empresario.

D) El subsidio de emigrantes retornados

El nuevo art. 215.1.1.c) LGSS restringe el subsidio de emigrantes retornados a trabajadores que hayan trabajado como mínimo 12 meses en los últimos 6 años en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista Convenio sobre protección por desempleo y que no tengan derecho a protección por desempleo.

Esta modificación alcanzará tanta mayor razonabilidad en la medida en que sea eficaz la normativa comunitaria que debería suponer la indiferencia, a efectos de prestaciones, de trabajar en cualquier país del territorio comunitario. Así lo admite la nueva Disposición Adicional Trigésima Tercera que el RD-L 5/2002 inserta en la LGSS, que por lo demás es superflua en tanto no hace más que señalar que estos extremos se rigen por las normas que se rigen.

Por otra parte, la restricción en el acceso al subsidio de los emigrantes retornados se ve paliada por la modificación que la DA Primera.2ª.2.b) RD-L 5/2002 hace de los beneficiarios de la renta activa de inserción, incluyendo como tales a los emigrantes retornados que ahora se excluyen del subsidio de desempleo, siempre que sean mayores de 45 años y cumplan los requisitos para ser beneficiarios de la renta activa de inserción, salvo el de la inscripción como desempleados. Es cierto, con todo, que aun así se opera una reducción protectora, por cuanto el anterior subsidio de emigrantes retornados no establecía límites de edad, y el subsidio generado se percibía por un máximo de 18 meses, en tanto que la actual renta activa de inserción se percibirá por un máximo de 10 meses y el plazo de espera para el cobro era de un mes, frente a los tres meses de la renta activa de inser-

ción (DA Primera.8ª RD-L 5/2002, igual, en este punto, a los anteriores programas de renta activa de inserción).

E) La renta activa de inserción

Vaya por delante que pese a la concepción de la renta activa de inserción como una ayuda "con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial" del desempleo (*vgr.*, EM RD 781/2001, de 6 de julio), en realidad podría ser considerada una modalidad más de subsidio de desempleo con la simple particularidad de que combina el subsidio con la obligación del perceptor de realizar actividades específicas orientadas a mejorar su "empleabilidad", por otra parte ahora también generalizadas para el resto de los subsidios en el nuevo art. 231.2 LGSS, inserto por RD-L 5/2002.

La DA Primera RD-L 5/2002 incorpora, elevándolo al rango legal, el programa de renta activa de inserción, en términos muy similares a su última versión del RD 781/2001, de 6 de julio. Existen, no obstante, algunas modificaciones de su contenido que merecen ser resaltadas, ello aparte de las modificaciones de mera coordinación con los nuevos criterios para el desempleo, tales como la remisión al concepto de renta del art. 215.3 LGSS [DA Primera.2ª.1.d)] o de colocación adecuada del art. 231.3 LGSS [3ª.3.c)], algunas matizaciones sobre el "compromiso de actividad" [3ª.3.b), f) y h)], etc.

El art. 2.1.e) RD 781/2001 excluía el requisito de ser menor de 65 años para tener acceso al programa, si el beneficiario no reunía la carencia precisa para jubilarse, extremo que no aparece ahora, de modo que parece que no es ya posible acceder a la renta activa de inserción si se es mayor de 65 años, aun cuando no se cumpla la carencia para la jubilación, quizás porque se entienda que en tales casos proceda la remisión a la pensión de jubilación no contributiva.

Por otra parte se elimina el requisito de haber extinguido prestaciones por desempleo, pues con la nueva redacción basta no tener derecho a ellas [2ª.1.c)], y se modifica el nuevo grupo de beneficiarios (2ª.2), eliminando a los desempleados, sin límite de edad, con inscripción de 24 o más meses sin derecho a protección por desempleo e incluyendo como beneficiarios a "los que reunan los siguientes requisitos" (aunque esta redacción parece dar carácter acumulativo a los requisitos, su propio tenor aconseja entender que se trata de tres grupos distintos de beneficiarios):

a) Minusválidos con un grado igual o superior al 33 por ciento, con independencia de su edad.

b) Emigrantes retornados, mayores de 45 años, en los términos del antiguo subsidio del ya sustituido art. 215.1.1.c) LGSS. Se ha dicho ya, en el comentario del subsidio de emigrantes retornados, *supra*, que por esta vía, se amortigua la restricción que en el subsidio por desempleo de emigrantes retornados realiza el RD-L.

c) Víctimas de violencia doméstica, con independencia de su edad y sin que se exija antigüedad alguna en la inscripción como demandantes de empleo. No se aclara, en este caso, cómo se acreditará la condición de víctima de violencia doméstica, aunque parece lo razonable exigir condena y no mera denuncia para acreditar tal condición.

La nueva redacción [5ª.1.d)] modifica y sustituye una previsión que ciertamente era perturbadora en la versión anterior de la renta activa de inserción, a saber, la realización de un trabajo de duración igual o superior a 6 meses como causa de baja en el programa.

Se planteaba la dificultad interpretativa de que la afirmación anterior era dudosamente articulable con la compatibilidad de la Renta activa de inserción con el trabajo autónomo y por cuenta ajena indefinido, descrito en el art. 8.4 del mismo texto normativo y que también ahora se retoca (8ª.4). La dificultad queda salvada eliminado esa causa de baja y sustituyéndola por "el cese voluntario en el trabajo que viniera siendo incompatible con la renta activa de inserción" como causa de baja en el programa.

Se suprime la referencia al voluntariado como excepción a la causa de baja en el programa que supone el traslado de residencia al extranjero [5ª.1.h)]. La modificación, conjuntamente con ésta, de la norma 8ª.4.e), eliminando de su texto –compatibilidad con las acciones de voluntariado– que la percepción de la renta se mantendrá aun cuando las acciones de voluntariado se realicen en el extranjero suponen que el traslado al extranjero causa baja en la renta activa de inserción aun cuando sea para realizar acciones de voluntariado, que sin embargo se permiten en el territorio nacional.

La compatibilidad entre la renta activa de inserción y el trabajo supone que el programa se reanude cuando se cesa en dicho trabajo. Para ello, la anterior versión de la renta activa de inserción exigía solicitarlo en los 15 días "siguientes al cese involuntario en el trabajo" (art. 6.3 RD 781/2001). Se modifica ahora su redacción eliminando la palabra "involuntario". Acaso esta eliminación corresponde al hecho de que en cuanto a los contratos subvencionados, la conjunción del nuevo art. 228.4 LGSS y la DT Quinta del RD-L establece el carácter "voluntario" del programa de fomento de empleo que regula –con alguna excepción–. Por otra parte, mejora las condiciones de solicitud de reanudación del programa, por cuanto se sustituye la previsión de que la solicitud fuera de plazo causa la inadmisión del trabajador y baja definitiva por otra cuyos efectos son los generales de solicitud fuera de plazo de prestaciones por desempleo.

En coherencia con las modificaciones anteriores y posteriores y en particular las de compatiblidad de la renta de inserción con el trabajo [nueva norma 8ª.4.d)], se añade también (6ª.4) que la formalización de contrato compatible que el empresario ha de certificar también lo puede ser de un contrato temporal y a tiempo parcial.

Se amplían por otra parte los programas de mejoras de empleo a los que pueden incorporarse los beneficiarios, añadiendo los de Escuelas Taller y Casas de Oficios y la posibilidad de inclusión, aparte de los programas de instituciones públicas que cita, en "programas propios de otras Administraciones" [7ª.4.b) y c)]. Además, se elimina la exigencia de que para el mantenimiento de la renta activa de inserción no hayan de percibirse retri-

buciones salariales, en coherencia con la compatibilidad de la renta con el trabajo por cuenta ajena arbitrada en las normas 5ª y 8ª [8ª.1.b)] y la excepción relativa al trabajo a tiempo parcial en materia de compatibilidad, de conformidad con la nueva regulación de la norma 8ª.4 [8ª.3.a)].

Para la realización de las acciones de inserción laboral que son objeto del compromiso de actividad, la nueva norma 13ª.1 amplía las entidades que pueden ser autorizadas a colaborar: así, se suprime la exigencia de que se trate de entidades sin ánimo de lucro –la ley se refiere ahora simplemente a "Entidades"– con un propósito, se ha dicho, de potenciar las entidades colaboradoras (VENTURA).

En fin, la norma 14ª modifica su antecedente en sentido justamente contrario, es decir, mientras que la versión del RD 781/2001 admitía al programa a los participantes en el programa anterior, la nueva versión señala que los participantes en programas anteriores (los de los RRDD 236/2000 y 781/2001) no podrán ser admitidos al presente programa.

BIBLIOGRAFÍA SOBRE DESEMPLEO

ALAMEDA CASTILLO, M.T., "El problemático requisito reglamentario configurador de la situación legal de desempleo del art. 1.1.c) del RD 625/1985: un supuesto de *ultra vires* no declarado", *TL*, núm. 54, 2000.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El desempleo: niveles de protección y régimen de prestaciones", en obra colectiva, *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y FARGAS FERNÁNDEZ, J., "Cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria que se superpone y se prolonga más allá de la de desempleo contributivo (y *passim* sobre los límites de la unificación de doctrina)", *REDT*, núm. 69, 1995.

ALMANSA PASTOR, J.M., "Nota sobre una posible solución a los problemas económicos del INEM (Incompatibilidades de indemnizaciones y prestaciones)", *RTSS*, núm. 9, 1993.

ALONSO OLEA, M., "Paro forzoso y su aseguramiento", *RPS*, núm. 129, 1981.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., "El paro forzoso: clases y aseguramiento", *RPS*, núm. 145, 1985.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., "El subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años: algo más que asistencia social, algo más que prestación asistencial", *TL*, núm. 33, 1994.

BORRAJO DACRUZ, E., "Limitaciones ilegales en materia de protección por desempleo", *AL*, 1988-2.

CABEZA PEREIRO, J., "La realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses como causa de extinción de la prestación y del subsidio por desempleo", *DL*, núm. 50, 1996.

– *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

– "El cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación como causa extintiva de la prestación y del subsidio por desempleo", *AS*, 1996.

– *La extinción del desempleo*, Comares, Granada, 1997.

– "Desempleo de trabajadores fijos-periódicos", *AS*, núm. 12 , octubre 2001.

CASTÁN ASENSIO, S. y NAVARRO GALLEL, C., "Principales innovaciones introducidas por el RDL 1/1992 en materia de fomento de empleo y protección por desempleo", *AL*, 1992-2.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C., "La cobertura por desempleo de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal", *REDT*, núm. 80, 1997.

CHARRO BAENA, P., "Subsidio de desempleo de mayores de cincuenta y dos años. Trabajador que sólo cotizó en España como emigrante retornado durante el período de percepción del subsidio por tal motivo, y que acredita más de quince años cotizados en un régimen de jubilación en Alemania (comentario a la STS 4ª de 19 de octubre de 1998)", *RL*, núm. 6, 1999.

COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, M.C., *El subsidio por desempleo: un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta, Valladolid, 1997.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "Desempleo: conflictos jurisdiccionales", *AL*, núm. 2, 1996.

CRUZ ROCHE, I. y DESDENTADO BONETE, A., "Las prestaciones de desempleo ante la crisis", *PEE*, núms. 12-13, 1982.

DE VICENTE PACHÉS, F., "¿La declaración de la situación legal de desempleo compete al INEM o a la autoridad laboral que autorizó el expediente de regulación de empleo? [Comentario a la STS (Social) de 4 de noviembre de 1999]", *TS*, núms. 116 y 117, agosto-septiembre 2000.

DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R., *El Desempleo como situación protegida (un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Civitas, Madrid, 1996.

DOLZ LAGO, M.J., "Las prestaciones de desempleo en la modalidad de pago único: otro supuesto de concurrencia jurisdiccional contencioso-administrativa y social", *AL*, núm. 15, 1990.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Una enmarañada ampliación de la cobertura por desempleo", *RL*, núm. 11, 1989.

– "Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo", *RL*, 1994-I.

ESTEBAN LEGARRETA, R., "Comentarios a propósito del Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, regulador de un programa de atención a trabajadores mayores de 45 años desempleados, en situación de necesidad y con cargas familiares", *AS*, núm. 7, abril 2000.

FERNÁNDEZ POYO, J., *La protección por desempleo (Teoría y práctica)*, Valladolid, 1994.

GALIANA, J.L., "Notas sobre el nuevo régimen de desempleo", *RPS*, núm. 129, 1981.

GARCÍA MURCIA, J., "Cambio y continuidad en la protección por desempleo: A propósito de las reformas de 1992", *REDT*, núm. 61, 1993.

– "La protección por desempleo: un repaso de jurisprudencia reciente a la luz de los últimos cambios legales", *AL*, núm. 48, 1998.

GETE CASTRILLO, P., "La protección por desempleo del personal de alta dirección. Algunas consideraciones sobre aspectos problemáticos", *RL*, 1987-I.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., "El subsidio por desempleo para los migrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años", *DL*, núm. 47, 1995.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., "Algunas cuestiones sobre la reducción de la jornada y la situación legal de desempleo en el nuevo régimen jurídico laboral", *AS*, 1997.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La Ley 31/1984, de protección por desempleo: objeto de la protección y personas protegidas", en AAVV, *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985.

– "Derecho a la prestación de desempleo de los miembros de las corporaciones locales", *RL*, 1988-I.

– "La protección por desempleo", *RL*, 1993-II.

GUTIÉRREZ-SOLAR, CALVO, B., "El derecho al desempleo de los trabajadores fijos discontinuos: la acumulación de los períodos de ocupación cotizados para la generación de la prestación (Comentario a la STS 4ª de 30 de marzo de 2000)", *RL*, núm. 20, 2000.

LEONES SALIDO, J.M., "Algunas sombras del Real Decreto-Ley de Medidas Urgentes para la Reforma del Desempleo", *La Ley*, núm. 5561, viernes 7 de junio de 2002.

LORENTE, J.R., "La reforma del subsidio de desempleo para los eventuales agrarios", *Revista de Treball*, núm. 16, 1991.

LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998.

LÓPEZ GANDÍA, J., "El régimen jurídico de la prestación por desempleo tras el Reglamento de la Ley Básica de Empleo (algunos apuntes críticos)", *RSS*, núm. 15, 1982.

– "El nuevo régimen de las prestaciones por desempleo", *RL*, 1985-II.

– "Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (a tiempo parcial y reducción de jornada)", *AL*, núm. 14, 1996.

LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J., "Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo", *Revista de Treball*, núm. 10, 1989.

LUELMO MILLÁN, M.A., "La prestación por desempleo: algunos aspectos de su problemática jurisdiccional", *DL*, núm. 50, 1996. También en *AL*, núm. 4, 1997.

– "Trabajador migrante, desempleo y derecho comunitario", *AL*, núm. 46, 1998.

MARÍN CORREA, J.M., "El despido procedente como situación legal de desempleo", *AL*, 1989-III.

– "Protección del desempleo y Derecho Comunitario Europeo", *AL*, 1993-2.

– "Doctrina judicial y sanción en materia de desempleo", *AL*, núm. 45, 1998.

– "Mayores de 52 años y desempleo", *AL*, núm. 4, 1999.

MARTI MARTÍN, J., "Extinción del contrato por muerte o jubilación del empresario y prestaciones por desempleo", en obra colectiva, *I Jornadas de la Facultad de Derecho. El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1984.

MARTÍNEZ LUCAS, J.A., "El Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad", *La Ley*, núm. 5558, 4 de junio de 2002.

MERCADER UGUINA, J.R., "Medidas de fomento de la ocupación y de control del fraude en la protección por desempleo", *RL*, 1994-I.

– "Desempleo y libre circulación de trabajadores", *RMTAS*, núm. 7, 1998.

MONEREO PÉREZ, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

NAVARRO GALLEL, C. y CORTÉS ASENSIO, S., "Principales innovaciones introducidas por el RDL 1/1992, en materia de fomento de empleo y protección por desempleo", *AL*, 1992-2.

OLARTE ENCABO, S., "La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social", *AL*, 1993-3.

ORDEIG FOS, J.M., "Seguridad Social: revisión de los actos declarativos de derecho y reintegro de prestaciones. Especialidades en desempleo I y II", *AL*, 1994-2.

– "El subsidio por desempleo en la Ley de Seguridad Social", *AL*, núm. 24, 1996.

PANIZO ROBLES, J.A., "Las últimas modificaciones en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social (Comentario a la Ley de Acompañamiento para el año 2002)", *RL*, núm. 2, 2002. También en *Revista de trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 227, febrero 2002.

PAZ CANALEJO, N. y MERCADER UGUINA, J.R., *La desprotección relativa por desempleo de los socios de Cooperativas de Trabajo Asociado: una discriminación normativa no razonable*, Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, Bilbao, 1993.

PÉREZ ALONSO, M.A., "Las relaciones entre situaciones de ILT e invalidez provisional y las prestaciones de desempleo", *AL*, 1989-2.

PÉREZ MENAYO, V., *La protección del desempleo en España y en los países de las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980.

PLANAS GÓMEZ, M., "Prestación por desempleo", *TS*, núm. 82, 1997.

– "Cotización para el desempleo", *TS*, núm. 104, 1999.

RABANAL CARBAJO, P., "Trabajo a tiempo parcial y desempleo", *REDT*, núm. 87, 1998.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La extinción del contrato de trabajo y el desempleo", *RSS*, núm. 12, 1981.

SAGARDOY BENGOECHEA, J.A., "Papel de la Seguridad Social en la lucha contra el desempleo", *DL*, núm. 41, 1993.

SÁNCHEZ-BARRIGA PEÑAS, R., "La protección por desempleo para socios de cooperativas", *TL*, núm. 22, 1991.

SÁNCHEZ PEGO, F.J., "El mantenimiento de la prestación por desempleo en la migración intracomunitaria", *AL*, 1993-1.

SELLAS BENVINGUT, R., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de marzo de 1998, sobre reanudación de la prestación por desempleo tras la realización de un trabajo en régimen de autoempleo durante un período igual o superior a un año", jurídicas.com, febrero 1999.

SEMPERE NAVARRO, A.V., "La nueva regulación del desempleo: la Ley 31/1984, y su Reglamento", *DL*, núm. 15, 1985.

– "La reforma del despido y el desempleo mediante Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 536, 13 de junio de 2002.

TORTUERO PLAZA, J.L., "Titulares del derecho a las prestaciones por desempleo: los declarados inválidos", *RPS*, núm. 138, 1983.

– "Dos sentencias constitucionales sobre desempleo", *REDT*, núm. 31, 1987.

– "El subsidio por desempleo en los trabajadores eventuales del campo y su posible inconstitucionalidad", *REDT*, núm. 41, 1990.

– "Nuevamente sobre los beneficiarios del subsidio de desempleo mayores de cincuenta y dos años", *REDT*, núm. 60, 1993.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El subsidio de prejubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

VALLE MUÑOZ, F.A., "Protección por desempleo durante la tramitación de recursos contra sentencias que declaren la improcedencia del despido", *AL*, núm. 26, 1998.

VENTURA, J.M., "Estudio de las modificaciones legales al régimen jurídico de la protección por desempleo y normas complementarias. Estudio del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad", noticias.juridicas.com, 7 de junio de 2002.

VICENTE PALACIO, A., "De nuevo sobre el reintegro de las prestaciones indebidas de Seguridad Social (concretamente, de desempleo): acerca del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción en el supuesto de una prestación de desempleo de pago único (a propósito de las SSTS de 10 y 28 de febrero de 2000)", *TS*, núm. 122, febrero 2001.

VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., "Cobertura del desempleo", en obra colectiva, *I Jornadas de la Facultad de Derecho. El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Universidad Computense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1984.

VIQUEIRA PÉREZ, C., *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

– "Protección por desempleo y trabajo a tiempo parcial", *TS*, núm. 85, 1998.

ZAPIRAIN BILBAO, A., "La situación legal de desempleo y su acreditación. La determinación del momento del devengo de la prestación reconocida", *TS*, núm. 103, 1999.

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Ley nacional/norma comunitaria. 2. Régimen aplicable a la prestación de servicios. 3. Aplicación ley-convenio colectivo. 4. Ley/pacto. 5. Convenio aplicable. 6. Convenio extraestatutario. 7. Condición más beneficiosa. 8. Pacto de no concurrencia.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2627 a J 3406).

1. LEY NACIONAL/NORMA COMUNITARIA

Nuestro ordenamiento laboral presenta una pluralidad de fuentes de producción normativa a las que se han sumado en las últimas décadas las que proceden de la Unión Europea. Entre esas fuentes comunitarias desempeñan un papel muy importante las Directivas, y su aplicación en ocasiones ha planteando algunos problemas. La peculiar naturaleza de estas fuentes, conlleva un proceso que implica la necesidad de realizar una trasposición nacional de sus contenidos, llevando en ocasiones a la aparición de desajustes entre la norma comunitaria y la norma nacional de desarrollo. En ocasiones los Estados posponen o incumplen esa tarea lo que provoca ciertos conflictos y suscita pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo referidos al llamado "efecto directo" de las directivas.

En relación con esos problemas de trasposición nacional de una Directiva comunitaria cabe mencionar la **STJCE de 15 de noviembre de 2001,** I.L. J 3357. En ella se examina el proceso aparentemente inadecuado, llevado a cabo por el Estado Italiano en relación a la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la seguridad y salud de los trabajadores.

Si bien se admite, que al efectuar la trasposición de las Directivas por los distintos Estados, se plantean situaciones diversas que pueden provocar la aparición de contenidos

heterogéneos; el tribunal analiza aquí la posición adoptada por el Estado Italiano, calificándola en este caso de modo negativo ya que se estima que la adaptación realizada sobre la norma comunitaria resulta muy incompleta. No se debe olvidar que las Directivas sobre seguridad y salud laboral actúan como normas mínimas, y permiten a las legislaciones nacionales superar sus niveles de protección pero no rebajarlos. Es por eso que no cabe que la legislación nacional italiana modifique a la baja esas exigencias que incorporaba el ordenamiento comunitario en la Directiva.

El desarrollo nacional se llevó a cabo mediante el Decreto Legislativo 696, de 19 de septiembre de 1994, modificado poco después por el Decreto Legislativo 242, de 19 de marzo de 1996. Pero los contenidos de estas normas no se correspondían a los previstos en la Directiva comunitaria. Se señalan tres aspectos relevantes de su contenido que no fueron tratados por la norma italiana de modo adecuado, a saber: la obligación empresarial de evaluar todos los riesgos existentes en el lugar de trabajo; la obligación patronal de recurrir a servicios externos de protección y prevención cuando las competencias internas de la empresa son insuficientes y por último la capacidad y aptitud que deben exigirse a quienes actúen como prevencionistas. Por todo ello velando por la virtualidad real de la norma comunitaria el tribunal condenó a la República Italiana en este caso.

Cabe también mencionar algunos aspectos referidos a cuáles puedan ser los efectos de las Directivas Comunitarias sobre el derecho interno de los Estados, en tal sentido nos encontramos con la **STJCE de 4 de octubre de 2001,** y la **STJCE de 4 de octubre de 2001,** I.L. J 3353.

En la **STJCE de 4 de octubre de 2001,** I.L. J 3351, se reflexiona sobre el alcance y el posible efecto directo de la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que se encuentre en el período de lactancia. El juzgado español planteó ante el ámbito jurisdiccional comunitario una cuestión prejudicial sobre la reclamación de una trabajadora embarazada que consideraba que su despido era discriminatorio y suponía una vulneración de sus derechos fundamentales, a tenor de lo previsto en la normativa comunitaria.

El Tribunal Comunitario clarifica aquí algunos aspectos relativos a los efectos de las Directivas, al ir abordando esas cuestiones planteadas. Comienza reflexionando sobre el efecto directo conferido a las Directivas; reiterando como en el caso de que un Estado no desarrolle las medidas de adaptación a su derecho interno, en el plazo previamente fijado, cabe que los particulares reclamen sus derechos y los invoquen directamente, ante un órgano jurisdiccional nacional, incluso enfrentándose con ello a los planteamientos sostenidos por las autoridades de su propio Estado.

Este proceso, sobre la Directiva 92/85, venía referido especialmente a su artículo 10, que prohíbe el despido de trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado, admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales. Es de señalar

que tal prohibición no supone la imposición a los Estados miembros de una obligación de elaboración de una lista especial de causas de despido, que pudieran ser admitidas, por vía de excepción, respecto a las trabajadoras embarazadas. Pero parece claro que la citada norma comunitaria resultará de aplicación a todo tipo de contratos realizados a mujeres, con independencia de cual sea su duración, independientemente de su carácter temporal o indefinido.

La resolución comunitaria estudia una situación muy peculiar de extinción, referida a la finalización de la relación laboral motivada por una renovación de un contrato temporal. El Tribunal entiende que tal circunstancia de extinción llegado el momento del vencimiento ya previsto, no puede ser equiparada al despido. Pero, con un matiz importante, tal conclusión será válida siempre que la no-renovación no venga motivada por el embarazo de la trabajadora, pues en tal caso, la medida merecería una calificación muy diferente y constituiría, sin duda, una discriminación directa por razón del sexo prohibida expresamente por tanto por la normativa comunitaria, según el tenor de los artículos 2, apartado 1, y 3 de la Directiva 76/207.

En la **STJCE de 4 de octubre de 2001,** I.L. J 3353, el Tribunal aborda de nuevo el tema de la igualdad de trato, pero referida específicamente a una trabajadora con contrato temporal que ve extinguido su contrato.

La situación examinada ante el Tribunal de las Comunidades le lleva a clarificar algunos aspectos del sentido de las Directivas 76/207 y 92/85, reforzando los argumentos ya esgrimidos en la resolución anterior. El litigio se produce entre una trabajadora danesa y su empresa con la que concierta un contrato temporal de seis meses. Pese a existir además de la normativa comunitaria, leyes nacionales de igualdad de trato, la trabajadora resulta despedida tras comunicar a la empresa su situación de embarazo. Se aclara que se habían venido prestando servicios durante tres meses de modo satisfactorio, y sin que aparezca ningún otro motivo referido al modo o la forma en que se prestan los servicios, la trabajadora de pronto resulta despedida.

La empresa toma esta decisión e intenta fundarla en una interpretación muy restrictiva e inadecuada del derecho comunitario. Se trata de justificar la medida forzando el sentido de derecho comunitario, al entender que dado que estamos ante una trabajadora con contrato temporal, tal situación no está amparada por las normas comunitarias de protección contra el despido, que entiende específicamente destinadas a los contratos indefinidos. Tampoco cabe aceptar como justificación de la medida empresarial, un elemento secundario mencionado referido al hecho de la no comunicación por parte de la trabajadora de su situación de embarazo, al celebrar el contrato. No cabe entender que tal comportamiento de la trabajadora pueda ser causa que justifique una medida tan drástica como el despido, ni tampoco se dice que se deba tomar en consideración el otro dato alegado por la empresa, relativo al hecho de que la trabajadora al presentarse ya encinta al puesto, era sabedora de la imposibilidad de realizar un trabajo para el que había sido contratada, durante una parte significativa de su contrato. No entiende que esto produzca una lesión de la buena fe contractual.

El Tribunal precisa de nuevo que las Directivas 76/207 y 92/85 no establecen distinción alguna respecto al alcance del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres sobre la base de la duración de la relación laboral de que se trate. Se aclara además que si en el caso de que el legislador comunitario hubiera querido excluir del ámbito de aplicación de dichas directivas los contratos de duración determinada, que suponen una parte importante de las relaciones laborales, sin duda lo hubiese precisado de forma expresa.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido que interpretar también algunos aspectos de los Reglamentos, que son las normas comunitarias obligatorias por excelencia.

La **STJCE de 25 de octubre de 2001,** I.L. J 3354, se pronuncia sobre sentido del artículo 2, apartado 1, del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a trabajadores migrantes.

El litigio se plantea respecto a nacionales de terceros países familiares de trabajadores comunitarios solicitantes de prestaciones por desempleo. La litigante es una trabajadora no comunitaria, casada con un ciudadano comunitario y residente en un Estado de la Unión, que tras prestar sus servicios en un país de la Comunidad, solicita prestaciones por desempleo desde un segundo Estado, en el que tiene fijada su residencia. La trabajadora pese a desarrollar su prestación laboral y residir en territorio comunitario, ve rechazada esta pretensión.

Las autoridades entienden que se trata de una ciudadana extra-comunitaria y por ello no le resultan de aplicación las reglas de seguridad social para los ciudadanos comunitarios. El Estado donde trabajó, no puede darle autorización de la prestación y por tanto ese segundo Estado, donde reside, tampoco accederá a su solicitud.

Es decir, aplicando la normativa comunitaria, esta trabajadora migrante no puede beneficiarse de la prestación solicitada, dada su nacionalidad no comunitaria. Se diferencia aquí entre el llamado derecho propio y el derecho derivado, concluyendo que el Reglamento núm. 1408 está referido a dos categorías claramente diferenciadas, los trabajadores y los miembros de sus familias, pero algunas de sus disposiciones, concretamente las recogidas en el Título III, Capítulo 6, relativas al Desempleo, sólo resultan de aplicación directa a los trabajadores comunitarios.

2. RÉGIMEN APLICABLE A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La coexistencia de personal laboral y funcionario prestando sus servicios para la Administración bajo esos dos marcos legales diferentes, ha generado en ocasiones problemas derivados de la aplicación al colectivo de esos dos regímenes legales. La aparente identidad de situaciones derivada de compartir idéntico empleador, la tarea e incluso

el marco y los espacios donde ésta se ejecuta, ha suscitado, en ocasiones, ciertas dudas sobre el alcance del principio de igualdad de trato a todo ese personal.

Es sabido que la regulación laboral aplicable al personal contratado por la Administración y las normas administrativas aplicables a los funcionarios suelen contener previsiones similares, pero también es sabido que éstas no son idénticas. Por ello los tribunales han tenido que pronunciarse ante las dudas que plantea una realidad que atribuye a parte de ese personal una misma tarea pero prestaciones diferentes.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos), de 23 de julio de 2001,** I.L. J 2720, aborda uno de esos problemas derivados de la existencia de diferencias normativas entre el personal que presta servicios bajo normas administrativas o bajo normas laborales, incluso dentro de un mismo ámbito de la Administración Pública. En el supuesto cabe apreciar como se mantiene la tendencia legislativa que trata de ir aproximando la regulación aplicable a funcionarios y la destinada a los laborales del mismo entorno. Si bien, de nuevo, tiene que resolver un problema nacido del trato diferente con relación a un aspecto concreto referido al personal sometido a la regulación laboral.

En este caso el problema se plantea ante una Administración Local al reclamarle un trabajador la consolidación de un nivel aplicando analógicamente el Reglamento propio del personal funcionario. El Tribunal explica cómo cabe el mantenimiento de ciertas diferencias en la regulación de las condiciones de trabajo, sin que éstas sean consideradas arbitrarias o irrazonables. Se dice que en el Ayuntamiento, en términos generales, la regulación de las condiciones de trabajo, profesionales y retributivas del personal laboral, es idéntica a la de los funcionarios. Si bien el convenio colectivo regulador de la relación del trabajador no establece que la normativa administrativa resulte de aplicación concreta al personal laboral, especialmente en lo referente al tema del litigio, es decir, la consolidación de un determinado grado profesional.

El reclamante es personal laboral y, en la Administración Local, sólo cabe la consolidación de un grado superior a los que además de permanecer un tiempo determinado desempeñando el puesto, se encuentren vinculados al Ayuntamiento por un lazo administrativo. Estamos ante situaciones jurídicas no equiparables. No siendo contrario al principio constitucional igualdad de trato la regulación diferente de las condiciones dado que ésta va referida a distintas actividades profesionales.

En esta misma línea se sitúa la **STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2851, que se enfrenta a uno de estos problemas de clarificación de la retribución de un trabajador que presta servicios en un ámbito de la Administración. En concreto el trabajador, contratado como personal administrativo, presta servicios en el Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco.

Es personal laboral y desarrolla su actividad, junto con los funcionarios, y de modo idéntico al resto de la plantilla de los Juzgados. El problema aparece al apreciar que percibe un salario menor al resto de los funcionarios por la realización de su tarea. Esas diferencias retributivas respecto a funcionarios con los que comparten el desempeño de idénti-

co trabajo, le hace considerar que está sufriendo una desigualdad y vulneración del principio de no discriminación.

Para el Tribunal tales diferencias retributivas no constituyen ninguna desigualdad, por la sencilla razón de que tales diferencias económicas derivan de la diferente naturaleza jurídica del vínculo que liga al trabajador con la Administración Vasca. Se reconoce por parte del Tribunal que en este caso se respeta el principio legal de atribución de igual salario por igual trabajo, pues aquí existe una causa legal que permite tal diferencia, la diferencia de trato está fundada en la distinción de régimen legal aplicable.

3. APLICACIÓN LEY-CONVENIO COLECTIVO

No es fácil clarificar las relaciones ley-convenio colectivo. Nuestro sistema legal, como es sabido, defiende la regla general que atribuye primacía a la ley sobre el convenio. Si bien no resulta fácil dilucidar cuáles puedan ser los perfiles de la relación entre las dos fuentes, ni determinar cuáles deban ser las consecuencias concretas de tal supremacía de la ley sobre el convenio.

Alguno de tales conflictos los encontramos en dos sentencias de la misma fecha, **SSTS de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 2883 y 2889, que abordan ampliamente aspectos referidos a la contratación temporal. En ambas sentencias se analiza la impugnación de dos convenios colectivos que ven cuestionada, en parte, la legalidad de su contenido por una posible vulneración de las normas legales de derecho necesario. En las dos decisiones judiciales se clarifica el contenido del derecho de negociación colectiva y los límites de esa autonomía colectiva. La cuestión concreta viene referida a la regulación legal del artículo 15 del Estatuto y al RD 2720/1998 que lo desarrolla.

En las dos sentencias estamos ante un convenio de ámbito sectorial y de Comunidad Autónoma, en el que se incluye elementos que parecen ir mas allá de las previsiones legales y del principio de "respeto a las leyes" que los negociadores no deben olvidar al determinar los contenidos de una norma pactada.

La primera sentencia aborda la cuestión de la posible nulidad del artículo del convenio referido al contrato eventual al que se atribuye características diferentes a las previstas en la regulación legal general. Se ve, por parte del convenio, la necesidad del llamamiento del trabajador para poder incorporarse a la empresa dentro de un determinado período previamente establecido. El que se señale el llamamiento, como mecanismo previo a la prestación de servicios del trabajador supone, tal y como dice la propia sentencia, la creación de un híbrido entre el contrato eventual y el de fijos discontinuos, y conlleva un alejamiento del convenio de los planteamientos de la ley. Pero la sentencia recuerda que las normas legales sobre la contratación temporal tienen carácter de normas de derecho necesario, sin que se puede olvidar además el carácter casual de la contratación temporal. Pero para celebrar un contrato temporal no basta con la expresión en el texto del

mismo de ese carácter y de su duración concreta sino que hay que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la ley impone (tal y como señala la STS de 22 de julio de 1990).

Al seguir esa doctrina de primacía de la ley sobre el convenio, la regulación del contrato eventual efectuada por el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores es una norma de derecho necesario, y por ello resulta nulo un convenio que trate de modificar esas características. Tal razonamiento mantiene una postura tradicional del Tribunal si bien, en este caso, la opinión de la Sala no fue unánime. La resolución jurisdiccional incorpora una postura discrepante mantenida por una parte de los magistrados. Según su interpretación la regulación pactada no es contraria a la ley y el convenio puede incorporar ese contenido, entienden que cabe ese peculiar contrato eventual a llamada, pues no vulnera las normas legales de derecho necesario sino que tan sólo utiliza la autonomía colectiva dentro del marco legal.

Se entiende que los negociadores aplican una posibilidad prevista en el propio RD 2720/1998, relativa a que los convenios sectoriales pueden modificar las previsiones legales y reglamentarias sobre el contrato de eventualidad; en concreto, las relativas a la duración máxima del contrato y el período dentro del cual puede celebrarse. Estiman que esta intermitencia de la figura viene referida al tiempo y por tanto esos contenidos convencionales no lesionan la jerarquía normativa (mencionada por el artículo 3.2 del ET). Añaden, también, que con tal regulación el convenio incorpora una mejora avalada por el propio artículo 3.3 del Estatuto y por el principio de norma más favorable.

La segunda de las resoluciones judiciales, **STS de 17 de diciembre 2001,** I.L. J 2889, ya mencionada, se ocupa de nuevo de la impugnación de un convenio sectorial autonómico, determinando la nulidad de una de sus cláusulas referida a la contratación eventual. También en este caso, el TS entiende que la previsión del convenio vulnera la jerarquía normativa y, su contenido viola, tanto los mandatos legales sobre contratación de carácter general, como las normas de derecho necesario, relativas a la contratación temporal. Y en esta sentencia también aparece la postura discrepante de algunos magistrados, en términos semejantes a los ya mencionados que estiman ausencia de colisión entre el contenido de su convenio y las normas legales sobre contratación temporal.

4. LEY/PACTO

En nuestro catálogo de fuentes se establece con carácter general, la primacía de la ley sobre las restantes fuentes, lo que lleva a que en ocasiones lleguen ante los tribunales litigios referidos a cuál deba ser el papel del pacto, frente a la fuente general reguladora como la ley.

La **STS de 14 de diciembre de 2001,** I.L. J 2880, nos presenta una algunos aspectos referidos al papel de los pactos y a sus efectos entre nuestras fuentes. Se refiere a un pacto de prejubilación y a las consecuencias suspensivas o extintivas del mismo.

En el supuesto de hecho los acontecimientos llevaron al Tribunal a tener que clarificar los verdaderos efectos del pacto, ante la intención de la empresa de proceder a despedir a un trabajador acogido a un pacto de prejubilación. La sentencia entiende que la verdadera naturaleza del pacto se desprende de su contenido real siendo aquí éste claramente extintivo.

Aunque se menciona la suspensión de actividad, como paralización de la prestación de servicios, pero la situación ya aparece clara desde el inicio. No se aprecia ninguna posibilidad de reingreso del trabajador a la actividad de la empresa. No estamos ante una simple interrupción pues tras desaparecer la actividad, se sustituye al trabajador de modo definitivo. No se habla de situación temporal, sin ninguna referencia temporal, es decir, la situación se proyecta en el tiempo sin plazo concreto, de modo indefinido. En suma, el pacto de prejubilación no supone la suspensión sino que establece una extinción, que podría encajar en los supuestos de extinción por mutuo acuerdo previstos en la ley en el art. 49 del ET, siendo por tanto este pacto causa de ruptura de la relación y por ello resulta carente de eficacia jurídica alguna el despido disciplinario realizado por al empresa pues en ese momento el vínculo jurídico ha desaparecido ya que la relación laboral no existe.

5. CONVENIO APLICABLE

Las transferencias de personal laboral entre la Administración Central y la Administración Autonómica correspondiente, suele venir acompañada de la integración del colectivo de trabajadores en un nuevo convenio colectivo aplicable en el ámbito administrativo al que éstos son traspasados. En los procesos de cambio se conciertan acuerdos específicos y se concretan reglas encaminadas a permitir la integración en ese nuevo ámbito convencional pero, sin embargo en ocasiones, aparecen ciertas dificultades en relación a aquellos derechos que han sido adquiridos o bien se encuentran en trámite de adquisición en pleno momento del cambio.

Para solucionar estos conflictos, con carácter general, se entiende que si el contenido del convenio colectivo de destino resulta más beneficioso que el anterior, se puede pactar la posibilidad de ejercitar una opción de integración que permita simplemente a todos los trabajadores llegar a adquirirlos.

Pero, en el caso de que nada se diga, parece que se estará a la doctrina general referente a la generación de derechos distinguiendo tres situaciones: la referida a los derechos adquiridos, a los derechos en curso de adquisición y a las llamadas simples expectativas de derechos. Sobre los primeros, se nos dice que ya quedan consolidados y perfeccionados antes de las transferencias; los segundos que inician su generación antes del cambio pero culminan después, no resulta clara la situación y las terceras, parecen más sencillas, pues ni siquiera se han iniciado antes de que se produzca esa novación subjetiva provocada por esa variación en la titularidad de la empresa.

La **STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3134, examina una cuestión de los derechos adquiridos por personal que resulta transferido a una Comunidad Autónoma, proveniente de otro organismo publico. Se estudia una reclamación de los trabajadores referida a la cuantía del complemento salarial de antigüedad, que parece era más elevada en el convenio de origen.

El Tribunal analizó el tema partiendo de la distinción ya mencionada. Es decir, si algunos tramos del complemento ya se venían percibiendo y por tanto estaba consolidada por antigüedad, y sus cuantías eran más elevadas que las del nuevo convenio, pues éstas que quedan ya se consideraban consolidadas como derechos adquiridos previamente con el importe ya fijado.

Respecto a los trienios en curso, es decir, aquellos ya iniciados y no completados antes de la transferencia, se cuantifican con el importe del convenio de destino.

Y la tercera situación parece más simple, esas expectativas de derechos del convenio de origen desaparecen en el nuevo marco convencional y son sustituidas por las propias del convenio de destino, que ahora ya es el marco legal aplicable para el futuro.

6. CONVENIO EXTRAESTATUTARIO

Los convenios de eficacia limitada nacen alejados de unas reglas legales precisas, es por ello que los Tribunales tienen que resolver algunos problemas derivados de su peculiar naturaleza.

La **SAN de 7 de noviembre de 2001,** I.L. J 3055, recuerda la diferencia entre el convenio de eficacia general y el convenio extraestatutario, y más en concreto analiza la posible existencia de diferentes reglas sobre legitimación para negociar tales acuerdos de eficacia limitada.

La doctrina parte de que este tipo de pactos al no reunir los requisitos del Título III del Estatuto de los Trabajadores se sitúan al margen de la regulación de la negociación colectiva prevista en el ET y en la LOLS. Algunas sentencias han llegado a estimar que estos convenios extraestatutarios carecen de una regulación legal propia, y por ello entienden que tal negociación, si bien cabe aplicar las reglas generales del estatuto en una dimensión básica, se puede regir directamente por el artículo 37.1 de la CE y por las normas del Código Civil.

El Tribunal Constitucional ha señalado que esta negociación de eficacia limitada tiene como una de las características más relevantes una gran libertad en la negociación. De esa absoluta libertad parece goza una de las partes: la empresa, a la hora de proceder a seleccionar a su interlocutor y poder definir el derecho a participar en la negociación de este tipo de acuerdos. Cabe admitir por tanto que la empresa y una parte de la representación sindical de los trabajadores, una vez que se reconozcan como negociadores, puedan llevar adelante este proceso.

Los sujetos ponen en marcha el proceso, y una vez que conciertan el pacto extraestatutario, los que no han participado de la negociación pueden acceder a sus efectos, pues todos los trabajadores que no estaban directamente representados en el proceso podrán adherirse a ese concierto bien por sí mismos o a través de un sindicato.

Pero no cabe que un sindicato situado fuera de la negociación, por una libre decisión de los negociadores, exija que los tribunales impongan su presencia a las partes en el proceso. Ante la ausencia de reglas legales determinantes de la legitimación negocial no cabe intervención del Tribunal en base a infracción de norma alguna de derecho necesario. El sindicato que no ha podido participar puede adherirse al pacto una vez elaborado y aprobado su articulado pero no puede reclamar legalmente su presencia en el proceso por vías que no cuenten exclusivamente con la libertad de los sujetos negociadores.

La **STSJ de Cantabria de 13 de diciembre de 2001,** I.L. J 3322, aborda un aspecto relativo a la adhesión a los convenios de eficacia limitada. Los pactos tienen fuerza vinculante sobre quienes los han negociado y sobre aquellos que estaban directamente representados en ese proceso; el resto de los trabajadores y empresarios comprendidos en el ámbito para conseguir que su contenido les resulte aplicable han de mostrar de manera expresa su voluntad en ese sentido.

La adhesión individual o colectiva a un acuerdo conlleva una declaración expresa de los sujetos en tal sentido. Pero no se admite una actuación contra los propios actos. Es decir, se entiende que unos trabajadores no pueden formular una reclamación judicial contra el acuerdo y solicitar, al mismo tiempo, que éste les sea aplicable.

En definitiva, la sentencia reafirma que no cabe plantear un conflicto colectivo contra el pacto buscando modificar el sentido de la regulación o aplicación de una determinada condición y simultáneamente sumarse a él por adhesión concreta, pretendiendo conseguir mientras tanto beneficiarse de la aplicación de los demás contenidos negociados.

7. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Los Tribunales han tenido que pronunciarse de nuevo en muchas ocasiones sobre el tema de la condición más beneficiosa. Al rastrear la doctrina contenida en las sentencias revisadas cabe reflexionar, una vez más, sobre los requisitos para entender que nos encontramos ante una verdadera condición beneficiosa. La doctrina jurisprudencial parece seguir considerando necesario que además de estar presente la clara voluntad empresarial de concesión del beneficio correspondiente, también debe constar con claridad el ánimo explícito de consolidarlo, estimándose que ambos elementos resultan esenciales.

En las resoluciones siguientes se añade a esta doctrina general ciertos matices de tipo muy diverso. En general se puede afirmar que están referidos a la posibilidad de modificar las condiciones iniciales y que pueden llegar a neutralizar su aplicación en ocasio-

nes, como al posible cambio en los contenidos de una mejora de tipo colectivo, o la peculiaridad que supone un reconocimiento de tales derechos en el seno de la Administración Pública.

La **STSJ de Asturias de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 2675, estima la posibilidad de seguir disfrutando del descanso adicional de media hora para el bocadillo pese al cambio introducido en la distribución de la jornada en la empresa que ha pasado de continuada a jornada partida. Al analizar el supuesto el Tribunal estima que tal descanso, ya era un beneficio incorporado al nexo causal y por tanto que constituía una condición más beneficiosa para el personal y por tanto debía ser respetado.

En sentido contrario, dos sentencias de sendos TSJ ponen de manifiesto cómo la condición más beneficiosa, además de requerir la concesión unilateral y voluntaria por parte del empleador, en ningún caso, puede constituir una práctica contraria al ordenamiento jurídico, a la ley o a los convenios colectivos vigentes en cada momento.

La **STSJ de Canarias de 1 de octubre de 2001,** I.L. J 2720, muestra la situación que permitió a varias trabajadoras disfrutar de una reducción de jornada de trabajo, desempeñando su tarea durante 27,30 horas, en lugar de las 40 previstas en el contrato. Tal situación parece nació de una mera liberalidad de la empresa, ya que esa substancial reducción del horario inicialmente estaba destinada a una trabajadora, y se fue ampliando a una pluralidad de personas que prestaban servicios en la empresa. Se les permitió sin contraprestación alguna, siendo claramente, según dice el Tribunal, una simple condición graciosa que no llegó a constituir una condición más beneficiosa.

También la **STSJ de Cantabria de 21 de noviembre de 2001,** I.L. J 2785, reitera esa idea de que la condición ha de ser una práctica legal, sin que quepa admitir como tal cualquier actuación empresarial contraria al ordenamiento vigente en cada momento.

La resolución rechaza, por ello, la pretensión de la trabajadora de percibir una indemnización tras la extinción de su contrato, al entender que tal condición no era aplicable en ese momento, al estar referida a otra legislación.

La trabajadora llevaba años vinculada a la empresa, pero su relación laboral derivaba de diversos y sucesivos contratos. Éstos fueron sucediéndose y concertándose conforme a la normativa vigente en cada momento. Y por ello no cabe reclamar la indemnización ya que su último contrato fue concertado conforme al RD 1991/1984, que regulaba la relación extinguida y que no había previsto indemnización alguna.

8. PACTO DE NO CONCURRENCIA

La **STSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 2001,** I.L. J 3189, valora el alcance de este tipo de pactos. Se trata de acuerdos que limitan, en cierto modo, la libertad del trabajador para concertar un nuevo contrato de trabajo.

Nuestro derecho regula el pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato en el artículo 21.1 del Estatuto y señala que cabe establecer este compromiso de no competir con su empresa, durante un tiempo y a cambio de una determinada compensación económica previamente fijada. La aplicación práctica de estos acuerdos provoca algunos problemas interpretativos especialmente al tener que determinar, en cada caso, cuál deba ser el significado de esa no competencia o, lo que es lo mismo, cuáles sean los perfiles del llamado interés industrial o comercial del empresario.

El trabajador había firmado un pacto por un período de dos años y el empresario asumió el compromiso de abonarle ciertas cantidades durante ese tiempo, pero cuando el trabajador reanuda su actividad en otra empresa, se plantearon los problemas pues la primera empresa consideraba que el trabajador había vulnerado el pacto y estaba incumpliendo el acuerdo.

El Tribunal entendió que, si bien resulte muy dudoso que se pueda imponer una prohibición absoluta de trabajar por haber firmado cualquier acuerdo, en cambio, sí cabe exigir que ante un compromiso de no competencia legalmente concertado se deban respetar las condiciones del pacto. El criterio general resulta claro pero el problema consiste en dilucidar cuándo la nueva actividad desarrollada por el trabajador pone en juego el interés industrial o comercial de su anterior empresario.

En el caso que nos ocupa, la respuesta fue positiva pues el Tribunal entendió que la lesión se producía, ya que la nueva empresa desarrollaba su actividad en el mismo sector que la primera, con una gama de actividades más amplia pero se daba una gran coincidencia en el trabajo de ambas.

Se entendió que el trabajador había incumplido el pacto y por tanto la empresa podía dejar de abonar la compensación económica establecida en el mismo, sin que pudiera prosperar de ningún modo la reclamación de cantidad presentada por el trabajador.

Ana Luisa Rega Rodríguez

II. TRABAJADOR

Sumario*:

Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores en la relación de trabajo. *A) Presupuestos sustantivos.* a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. *c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena.* B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de Grupo. C) *Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta Dirección.* b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. *d) Deportistas profesionales.* e) Artistas en espectáculos públicos. f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. i) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) *Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.* G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. *B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales.* E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. *I) Otros.* **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.** *A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares.* b) Extranjeros. *B) Inclusiones por asimilación.* a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la Propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. *k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones.* a) Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad. *b) Servicios que den lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.* **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

(*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes apartados tienen simple valor sistemático.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica las sentencias recogidas en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2627 a 3406).

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

c) Actividad dependiente

STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2001 (recurso 2095/2001), I.L. J 2620.

1. En este caso, la sentencia se pronuncia ante un recurso de suplicación presentado por Dña. Engracia A.P. frente a la resolución de primera instancia en la que se señalaba la incompetencia del orden jurisdiccional social para resolver la demanda de despido por ella presentada. Esta demanda se interpuso contra la Asociación Sociedad Gastronómica y Recrativa Begoña-Alde de Bilbao, en cuyo local la demandante venía realizando labores de limpieza a cambio de una remuneración mensual fija. En ocasiones, la demandante prestaba servicios especiales encargados por algunos de los socios a título particular, pagados también por cada uno de ellos. En los hechos probados no consta la existencia de un horario fijado. En un momento dado, y ante la solicitud por parte de Dña. Engracia de la formalización de un contrato de trabajo, con el correspondiente alta en la seguridad social, la Asociación le comunica su decisión de finalizar la relación, y le pide las llaves del local que hasta el momento había tenido.

2. La sentencia del Juzgado de lo Social basaba su decisión en hechos tales como que Dña. Engracia estaba en posesión de la llave del local desde el inicio de la relación, que no constaba la existencia de un horario fijado, y que ocasionalmente prestó servicios a otros socios. El ponente no se detiene más que en el segundo de los hechos, para señalar que la no constancia de sujeción a un horario resulta irrelevante como elemento excluyente de la existencia de dependencia pues, en el presente caso la relación se pacta no por tiempo sino por tarea realizada. Sin embargo, sí parte del concepto de contrato de trabajo derivado del art. 1.1 ET, para tratar de distinguirlo de otros tan similares como el arrendamiento de servicios no laboral, entendiendo, de forma poco clarificadora, que en este último el contratante asume dar el servicio mientras que en el primero, sólo asume dar su trabajo. A continuación destaca algunos pronunciamientos sobre supuestos semejantes, para concluir que en la demandante concurren todos los presupuestos del trabajo por cuenta ajena, pues realiza una prestación voluntaria y personal, a cambio de una retribución, sin que consten datos suficientes para entender que lo hace en la misma forma que lo ejecutaría una empresa de servicios de limpieza. Por todo ello estima el recurso y reconoce la competencia del orden jurisdiccional social.

3. Dos argumentos más cuestionan la concurrencia de dependencia en el presente supuesto: el hecho de que Dña. Engracia, tuviera llaves del local, y el de que prestara servicios esporádicos a petición de algunos de los socios de la demandada, y a costa de ellos. Ambos datos suponen la existencia de cierto grado de autoorganización de la demandante, pero, en mi opinión, no suponen por sí solos la exclusión del requisito de la dependencia. Cosa diferente resultaría, si a estos hechos se unieran peculiaridades como las resaltadas por algunas de las resoluciones citadas, de forma sumamente ilustrativa, por la sentencia analizada, tales como que la demandante comprara bajo su cuenta y riesgo los materiales de trabajo, o que ella misma dispusiera sus sustituciones, etc. En estos casos, el grado de autodeterminación del propio trabajo sí podría llevar a concluir la exclusión de la dependencia y por tanto de la relación laboral.

STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de octubre de 2001 (recurso 680/2001), I.L. J. 2753.

1. La sentencia de instancia estimó la demanda de oficio presentada por la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo, al amparo del art. 149.1 LPL, y declaró que entre el Club Deportivo Los Estepares y el Guarda de determinados Cotos de Caza pertenecientes al Club de referencia había existido relación laboral, aunque no se hubiera suscrito contrato escrito alguno. Las funciones del actor durante diez meses habían sido las de guarda, alimañero y peón, con retribución fija por día completo trabajado, o por dos medios días, sin sujeción a jornada o a horario. El actor utilizaba un vehículo de la empresa y no figuraba dado de alta como autónomo ni sujeto al IAE. El guarda compatibilizaba su trabajo para el Club con otro regular con horario de mañana para empresa distinta.

2. La sentencia de la Sala confirma la de instancia y, tras invocar y transcribir jurisprudencia social acerca de la indiferencia del nombre que los contratantes otorguen al contrato, así como sobre la dependencia y sus diversas formas o grados de exteriorización, razona que los hechos probados "(...) permiten concluir que la relación existente entre Don xxx y el Club Deportivo los Estepares es una relación de carácter laboral en la que concurren las notas de ajenidad, dependencia, retribución y prestación de servicios dentro del círculo organicista y rector de una tercera persona, el empresario, a tenor de lo establecido en el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (...)"

3. Difícil resulta discutir, en el caso concreto, el acierto del Juzgado y de la Sala al resolver sobre la naturaleza laboral del vínculo, en un caso tan claro como el de autos, en el que es visible la concurrencia de los cuatro presupuestos sustantivos, a saber, la realización por parte del Guarda de una actividad voluntaria, retribuida, dependiente y por cuenta ajena, sin que exista, por otro lado, ningún presupuesto adjetivo excluyente, conforme a la tipología doctrinal puesta en circulación, desde los años sesenta, por el profesor De la Villa Gil. Sin embargo, llama la atención negativamente, en la sentencia de la Sala, que sólo se mencionen tres y no cuatro presupuestos sustantivos, puesto que se omite el de voluntariedad de la actividad y se repite dos veces el de la dependencia, una vez bajo la mera formulación de esa nota y otra vez por medio de su definición, ya que la prestación de servicios dentro del círculo organicista y rector de una tercera persona coincide, precisamente, con el concepto de dependencia acogido por la jurisprudencia social a par-

tir de la formulación de los profesores BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA. Por lo demás, la exigencia legal de los presupuestos sustantivos se encuentra en el art. 1.1 ET y no en el art. 8.1 ET, particularmente tras la reforma legal del precepto tradicional, desnaturalizadora de la presunción *iuris tantum* de presunción laboral en el intercambio de trabajo por salario, una vez que dicha presunción no opera en el derecho vigente sin la contrastada observancia de los presupuestos del art. 1.1 ET.

d) Actividad por cuenta ajena

STS de 13 de noviembre de 2001 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1146/2001), I.L. J 2548.

1. Se declaran hechos probados que la actora durante el tiempo de vigencia de su contrato de mediación de seguros acudía prácticamente a diario a las oficinas de las compañías aseguradoras demandadas, y lo hacía a primera hora de la mañana, permaneciendo allí más o menos tiempo en función de la agenda de visitas que tuviera programadas cada día. Además, en dichas oficinas realizaba labores administrativas y de puesta en contacto y de atención de clientes, y aunque no estaba sujeta a horarios ni recibía órdenes ni instrucciones expresas de la empresa respecto del trabajo que debía realizar, participaba regularmente en las reuniones convocadas por el Inspector de las empresas con objeto de constatar la marcha de las contrataciones de seguros, y de proponer y adoptar las soluciones precisas para un adecuado rendimientos empresarial. Consta, asimismo, que la actora acudió a diversos cursos de formación organizados por las compañías demandadas. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco revocó la de instancia y declaró la naturaleza laboral de la prestación de servicios que unió a las partes, condenado a las demandadas a estar y a pasar por tal declaración, y a todas las consecuencias inherentes a las mismas.

2. El Tribunal Supremo aprecia que existe contradicción entre la sentencia impugnada y la de contraste en el marco de este recurso de casación para la unificación de doctrina: si en aquélla se considera que a la luz de los hechos la naturaleza del contrato es laboral, en ésta se concluye que la actividad de mediación en la producción de seguros constituye una relación típicamente mercantil. A partir de esta constatación, el Tribunal trata de determinar si en el desarrollo de la citada actividad concurren las notas de "(...) ajeneidad, dependencia y subordinación (...)" que de acuerdo con el art. 1.1 ET configuran la relación laboral, tarea para lo cual es preciso valorar las funciones que como agente afecto no representante realizaba la demandante y, más en concreto, si se encontraba en todo momento sometido al poder de dirección del empresario. Pues bien, del relato fáctico el Tribunal destaca el hecho de que la demandante no estaba sujeta a horario ni recibía órdenes o instrucciones expresas por parte de la empresa acerca del trabajo que debía realizar y, en cambio, afirma que no queda probado que las labores administrativas realizadas por la actora fueran de las inherentes a la propia organización, sino que correspondían a la actividad de agente. Todo ello lleva a concluir que no concurren los requisitos de dependencia y ajeneidad del citado art. 1.1 ET, por lo que no existe vinculación laboral; más bien se trata de una relación típicamente mercantil.

3. El planteamiento que hace el Tribunal Supremo acerca de la cuestión objeto de litigio es correcto: la calificación de la relación establecida para la mediación en el seguro va a depender de las funciones que efectivamente realizara la demandante. Pero la valoración que se hace de los hechos resulta francamente insatisfactoria y, por ende, difícilmente compartible. Y es que la sentencia relativiza la importancia de determinados aspectos que ponen de manifiesto el carácter dependiente de la labor realizada: no sólo porque acudía prácticamente a diario a las oficinas de las entidades demandadas, desarrollando en ellas buena parte de su actividad, sino, sobre todo, porque participaba regularmente en las reuniones convocadas por el Inspector de las empresas con el fin de constatar la marcha de las contrataciones de seguros y de proponer y adoptar soluciones que mejoraran el rendimiento empresarial, y porque acudió a cursos de formación organizados por las propias empresas demandadas. Las anteriores apreciaciones permiten afirmar el rasgo más discutido en este caso, la dependencia; esto, junto a la presunción del art. 8.1 ET, debe llevar a calificar la relación de laboral.

STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001 (recurso 1707/2001), I.L. J 2952.

1. La peculiaridad del recurso que resuelve esta sentencia viene dada por el hecho de que es planteado por las dos partes, por el demandante y por el demandado. Se da la circunstancia de que el demandante, D. Sergio C.S., y la asociación demandada, Exportastur, suscribieron un contrato, al que denominaron de "prestación de servicios", por el cual, el primero se obligaba a prestar personalmente y bajo su responsabilidad, labores de asesoramiento en materia de comercio exterior e internacional a Exportastur y a las entidades que ésta designara, mientras que la segunda se comprometía a remunerar sus servicios con una determinada cantidad. El contrato contenía previsiones referentes al modo en que se daría instrucciones al demandante, el horario que habría de cumplir, el régimen de exclusividad que habría de regir su relación, etc. Además se establecía la vigencia limitada en el tiempo de dicho contrato. La sentencia de instancia resuelve atendiendo parcialmente la demanda de D. Sergio, que exigía la declaración del contrato como laboral, realizado en fraude de ley, y en consecuencia de carácter indefinido. Seguidamente, recurre en suplicación solicitando que se declare indefinida su relación con Exportastur, y a su vez, ésta recurre instando que se aprecie la incompetencia del orden jurisdiccional social por el carácter mercantil de la relación cuestionada.

2. En la sentencia se desestima el recurso presentado por parte de la empresa, al entender que la resolución de instancia había estudiado de forma detallada el contenido del contrato en cuestión, y argumentado de forma suficiente la concurrencia de los requisitos propios de la relación laboral. Por otra parte, ninguna de las alegaciones presentadas por la empresa en su recurso contribuía a poner en cuestión ninguno de esos argumentos. Respecto al recurso planteado por el demandante, también se procede a su desestimación, argumentando que puesto que el hoy recurrente prestó su asentimiento al contrato, aceptando las condiciones que en él se contenían, sin plantear objeción alguna hasta el momento de su extinción, no puede hablarse de fraude de ley. El consentimiento se prestó a un contrato de duración determinada, y según el ponente, no puede pretenderse su conversión en un contrato de duración indefinida.

3. Teniendo en cuenta el principio antinominalista que rige el Derecho del Trabajo, hay que mostrar acuerdo con las conclusiones alcanzadas por el juez de instancia en cuanto que, al observar no la denominación dada por las partes, sino el contenido del propio contrato, entiende que concurren los requisitos necesarios para calificar la relación como laboral. Respecto a la posible existencia de fraude de ley alegada por el demandante, y en contradicción con lo expuesto por el ponente, considero que, conforme al art.6.4 CC, en este caso sí existiría fraude de ley en la medida en que se ha pretendido evitar la aplicación de la normativa laboral, dotando a la relación de una apariencia mercantil. El resultado de ese fraude sería, según el art. 15 ET, la presunción del carácter indefinido de dicho contrato. Sin embargo, entiendo que esta presunción no deviene efectiva en el presente caso por dos motivos: en primer lugar, porque el fraude de ley ha de ser probado por quien lo alega, y aquí no se ha producido tal prueba, y en segundo lugar, porque el art. 15 ET prevé una presunción, que entiendo destruida por el hecho de que el trabajador prestó su voluntad a un contrato por tiempo determinado, si bien, y normalmente impelido por el poder que en este tipo de contrataciones posee el empleador, suscribió un contrato mercantil, cuando la realidad de los hechos los configuraba como laboral.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

STSJ del País Vasco de 18 de septiembre de 2001 (recurso 1482/2001), I.L. J 2275.

1. El actor constituyó, con cinco socios más, y sus respectivas esposas, la sociedad anónima XX, ostentando una sexta parte del capital social, en igual proporción que el resto de los socios. En los estatutos sociales se prevé que la administración de la empresa se llevará a cabo a través de la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración, designándose a los miembros de éste mediante el acuerdo mayoritario de los socios en Junta General. El actor no formó parte del Consejo, ejerciendo sus facultades de socio en Junta General. Poco después de la constitución de la sociedad, el actor pasó a desempeñar en la misma las actividades propias de un Oficial 1ª, percibiendo la correspondiente retribución. Diez años después, la dirección de la empresa le comunicó la extinción de su contrato por desistimiento empresarial, alegando pérdida de confianza por baja productividad y ausencias continudas e injustificadas de asistencia, poniendo a su disposición una cantidad en concepto de indemnización.

2. El Juzgado desestimó la acción de despido del actor, entendiendo existente una relación especial de alta dirección. La Sala revoca a la empresa y entiende improcedente el despido del actor, argumentando al respecto que "(...) en el caso que nos ocupa, no hay ninguna prueba de que [el actor] esté dentro de estos supuestos [de alta dirección], pues el hecho de que sea socio de una sociedad anónima no quiere decir que sea personal de

alta dirección, al no tener ningún cargo en la sociedad (...) Si el demandante no tiene ningún poder ni es miembro de los órganos de administración no existe poder inherente, facultad necesaria para estar inmersos en los supuestos del punto 2 del art. 1 del RD citado (...) [1382/1985]".

3. La doctrina de la Sala es irreprochable y, afortunadamente, correctora de una interpretación de instancia carente del menor sentido jurídico. Desde el punto de vista de los requisitos determinantes de la condición de alto cargo, es obvio que el demandante no podía ser considerado como tal, no sólo por las atinadas razones expuestas por la Sala sino, además, dos argumentos complementarios, primero las funciones no directivas efectivamente realizadas –a la postre dato decisivo para resolver cualquier litigio de esta naturaleza– y segundo, la categoría asignada y desempeñada de Oficial 1ª, de modo que, concurrentemente, por las funciones y por la categoría, la presunción de laboralidad, confirmada por los hechos probados, no debió resultar vulnerada, nada menos que a través de su injusta transformación en presunción de signo opuesto. En otra perspectiva, desde el punto de vista de la condición de Administrador Social, imposible defenderla cuando consta probado por la propia sentencia *a quo* que el actor no formaba parte del Consejo de Administración, siendo incluso uno de los pocos, o el único socio, que no pertenecía al órgano social de referencia; sin que pudiera derivase tampoco aquella condición de la propiedad no mayoritaria de una parte del accionariado, por ser jurisprudencia consolidada la de admitir plenamente la compatibilidad de la relación laboral de trabajador y la relación mercantil de accionista, supuesto de frecuencia tan alta que llama la atención el desprecio que hacia la misma se aprecia en la sentencia de instancia anulada.

d) Deportistas profesionales

STSJ de Cantabria de 28 de noviembre de 2001 (recurso 891/2001), I.L. J 3288.

1. El actor ha venido prestando servicios para la empresa "Real Racing Club de Santander SAD" con una antigüedad de 18 de julio de 1996, categoría profesional de técnico deportivo segundo entrenador y salario mensual de 408.333 pesetas. El actor y la demandada han venido suscribiendo contratos de trabajo para las temporadas sucesivas desde 1996 hasta 2001, realizando aquél básicamente las funciones de segundo entrenador o entrenador de porteros, si bien las compaginaba con las relaciones exteriores, consistentes en representar a la Sociedad, inauguración de peñas, entregas de premios, etc. Con fecha 16 de julio de 2000, la empresa hace entrega al actor de la documentación precisa para obtener la prestación por desempleo con una certificación de la empresa que establece la "baja voluntaria" del actor.

2. El Tribunal no duda en considerar que la LET entiende la relación de los deportistas profesionales como una relación laboral, bien que de carácter especial. De acuerdo con el RD 1006/1985, son deportistas profesionales quienes, con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica del deporte, por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva, a cambio de una remuneración, estando incluidas las relaciones entre deportistas profesionales y empresas cuyo objetivo sea la organización de espectáculos deportivos y empresas o firmas comerciales para el desarrollo de

actividades deportivas y excluidas de dicha regulación especial los deportistas que perciban únicamente compensaciones de gastos derivados de su práctica deportiva. El TSJ de Cantabria apoya su decisión en pronunciamientos anteriores del TS –cita, en concreto, las SSTS de 14 de febrero y 25 de mayo de 1990 y 5 de diciembre de 1997– para considerar que los entrenadores y técnicos se entienden incluidos dentro de esta relación especial, no así los altos directivos, extinguiéndose el contrato de trabajo de los deportistas profesionales "por una serie de causas, entre ellas, y por lo que aquí interesa, la de la expiración del tiempo convenido, no estando fijada indemnización alguna para el deportista en este supuesto de extinción". En el caso de autos "no cabe duda alguna sobre la aplicación al demandante de la normativa especial reguladora de la prestación de servicios de los deportistas profesioneales (por cuanto) los entrenadores son conceptuados tan deportistas profesionales como los jugadores, por ser los directores y responsables de la prestación materialmente deportiva que éstos desarrollan sobre el terreno y por no ser posible, en el ámbito de un club de fútbol, la práctica del deporte de los jugadores sin su entrenador".

3. La expiración del tiempo convenido y, por tanto, el establecimiento de los efectos de la extinción contractual sirven de excusa al Tribunal para pronunciarse sobre la calificación jurídica de los entrenadores con sus respectivos clubes deportivos. En este caso concreto, y aun cuando en la prestación de servicios no sólo se llevaba a cabo labores de entrenamiento –puesto que se reconoce haber efectuado la representación de la Sociedad en diferentes eventos–, prevalece para el tribunal la consideración de la prestación "prevalente", considerando, para ser fiel a la doctrina ya fijada por el TS con anterioridad y en reiteradas ocasiones que dentro de la calificación de deportista profesional ha de incluirse tanto al entrenador como a los técnicos que colaboran con ellos, en una interpretación laxa del concepto de deportista profesional que legalmente estableciera el RD 1006/1985.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

STSJ de La Rioja de 26 de diciembre de 2001 (recurso 194/2001), I.L. J 2982.

1. El demandante se dedica a representar a la empresa en la zona de La Rioja y en otras localidades, promoviendo sus productos y llevando a cabo en su nombre operaciones de compraventa, sin asumir el riesgo y ventura de las mismas. Percibía comisiones que oscilaban entre el 1 y el 6 por ciento, según se tratase de ventas directas o indirectas a través de subagentes o comerciales que actuaban en su área comercial. Emitía facturas de lo que él denominaba "honorarios", en las que incluía el IVA y hacía retención del IRPF al 20 por ciento. El demandante facturaba también a otras empresas diferentes además de a la demandada. El actor no fue nunca director comercial de la empresa demandada, ni tenía despacho en su sede, y actuaba en la prestación de sus servicios con autonomía e independencia de la demandada.

2. Tres son los tipos de colaboración a través de los que se efectúa la representación comercial. La actividad de los dependientes de comercio, los trabajadores con contrato especial regulado en el art. 2.1.f) del ET, y en el RD 1438/1985, de 1 de agosto, a los que se viene en denominar representantes de comercio, y los agentes mercantiles a que se dedica la Ley 12/1992, de 27 de mayo, que son sujetos de una relación mercantil. En la sentencia del TSJ de La Rioja se da especial relieve a la definición del art. 2.2 de la Ley 12/1992, sobre el significado de la dependencia, en el sentido de presumirse cuándo el agente no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios. La idea relevante del contrato de agencia se encuentra en la falta de dependencia, según se desprende también de la Directiva del Consejo de la CEE de 1 de diciembre de 1986. Esta idea de la ausencia de la dependencia del agente mercantil, sirve para diferenciarle del representante de comercio, en consonancia con la jurisprudencia del TS, como se ve en las sentencias de éste de 2 de julio de 1996, que especialmente se destaca. Partiendo de los datos fácticos constatados se concluye que el demandante, que podía organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la empresa, según sus propios criterios, era una agente de comercio, por lo que se estima la excepción de falta de jurisdicción.

3. La diferencia entre las figuras mercantil y laboral de los mediadores del empresario no estaban claras, a salvo del elemento diferenciador de la asunción del riesgo y ventura de las operaciones que excluye la figura laboral. A partir de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, con la que se transpone la Directiva del Consejo 86/6753 CEE, de 1 de agosto de 1986, se ha venido a complicar el panorama en el que se actuaba. Ahora es la falta de dependencia la que diferencia al agente de comercio. Pero ya se puede ver que siguen siendo figuras próximas, en las que se comparte la ajenidad, la retribución, la estabilidad del vínculo contractual, y, a menos que el agente pacte lo contrario, la no asunción del riesgo y ventura del resultado de las operaciones. Se ha tratado por ello de buscar un elemento más firme para la separación y se ha estimado (Manuel GARCÍA PIQUERAS) en la autonomía y el sentido empresarial del agente. Se viene así a destacar el desempeño por el agente de sus funciones de forma organizada y autónoma, con su propia empresa. Es así que la aportación que se hace se centra en afirmar que el agente es un empresario, con o sin trabajadores. Al respecto se citan las SSTS de 2 de julio de 1996 y 14 de enero de 1998.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2001 (recurso 1866/2001), I.L. J 2618.

1. La presente sentencia resuelve el recurso planteado por Dña. Miren Idoia S.A. ante la resolución de primera instancia que estimaba la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada por el demandado. La recurrente venía prestando servicios como profesora de BUP/COU para el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco desde el 5 de septiembre de 1991. Desde dicha fecha se suceden los contratos laborales temporales interinos entre demandante y demandado, hasta el momento en que la primera solicita su incorporación como fija de plantilla, solicitud que le es denega-

da. Seguidamente, la trabajadora demanda por despido, y el correspondiente juzgado se pronuncia declarando la improcedencia del mismo y condenando al Departamento de Educación, Universidades e Investigación a las consecuencias propias de tal declaración. Dicha sentencia deviene firme, y seguidamente, el 1 de octubre de 1994, el Departamento nombra a la hoy recurrente, funcionaria interina. Los nombramientos como funcionaria interina se suceden para ocupar distintos puestos en diferentes centros públicos de educación hasta el año 2000, en que la demandante interpone nueva demanda.

2. Ante la complejidad de los hechos, el ponente analiza ordenadamente los tres motivos del recurso, desestimando los dos primeros, y centrándose en el último planteado, que realmente constituye la cuestión central a tratar por la sentencia. Según este tercer motivo, la sentencia de instancia ha infringido parte del ordenamiento autonómico vasco regulador de la Función Pública, que contempla la posibilidad de que el personal de dicha Administración sea tanto funcionario como laboral, alegando que el único nombramiento como funcionaria interina que se le ha extendido es el de fecha 11 de septiembre de 2000, solicitando la calificación de laboral de su relación hasta tal fecha. Ante lo alegado, la sentencia señala que en la medida en que lo que se está enjuiciando es la existencia o no de relación laboral, existe competencia del orden jurisdiccional social para determinar si concurren requisitos suficientes para calificar la presente relación como laboral o como funcionarial. Por ello, se procede a la anulación de actuaciones procesales, con retroacción de las mismas al momento de la sentencia.

3. Esta sentencia resulta de enorme interés, como ejemplo del uso de la contratación temporal por las Administraciones Públicas. Es usual la concatenación de contratos temporales de trabajadores que se mantienen unidos a la Administración durante años, pero sin una fijeza contractual. En el presente caso, y aunque la sentencia no puede entrar en el fondo del asunto, se evidencia el uso continuado de contratos laborales interinos, que son sustituidos por sucesivos nombramientos como funcionaria interina de la recurrente, desde el momento en que una sentencia del orden social califica como despido improcedente el cese en sus funciones por el fin del último contrato temporal de la demandante. La situación de interinidad se mantiene, pero bajo el título funcionarial, con lo que más bien parece pretenderse la exclusión del orden laboral, que modificar la situación *de facto* de la recurrente, sobre todo dándose la circunstancia de que cuando el puesto queda vacante, en ningún momento la plaza llega a ser cubierta por Dña. Miren.

C) Autónomos

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de mayo de 2001 (recurso 1695/2001), I.L. J 2463.

1. La Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Salamanca formalizó alta en el RETA del ahora recurrente en Suplicación por entender que está realizando la actividad de veterinario por cuenta propia. El actor presta servicios para la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta como Veterinario por cuenta ajena.

Por otra parte, dada su condición de profesional colegiado en el Colegio de veterinarios, figura como mutualista de Previsión Sanitaria Nacional, Mutua de Seguros a Prima Fija. Además, de acuerdo con lo constatado por la Inspección de Trabajo, presta servicios profesionales para la empresa Alimentación Animal S.A. Tal actividad consiste en el diseño de piensos y se realiza sin sujeción a horario, con una dedicación de entre 2 y 3 horas diarias, emitiendo el profesional facturas por la prestación de sus servicios sobre las que se aplica el IVA y se efectúan las retenciones que corresponden en concepto de IRPF. Por lo demás, el actor se encuentra dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas como veterinario.

Ante la citada resolución de la TGSS que fue objeto de expresa ratificación en nuevo acto contestando la reclamación previa, se interpuso demanda que resultó desestimada en la instancia. Se interpuso Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia cuya sentencia ahora se comenta.

2. El trabajador entiende que estando afiliado en el Régimen General en cuanto trabajador por cuenta ajena como veterinario, tal afiliación excluye la de autónomos al obtener unos rendimientos inferiores por su trabajo profesional por cuenta propia y dado que no es reconocible en ellos la nota de la habitualidad. Pero para el Tribunal, tal argumentación carece de solidez jurídica puesto que a la luz de la Jurisprudencia de unificación y dado que la retribución mensual de los servicios por cuenta propia alcanza la cifra de 200.000 pesetas, es obvio que éstos entrañan actividad lucrativa, que se alcanza la exigencia de ocupación no esporádica u ocasional sino habitual y que ello es suficiente para imponer la obligación de afiliación tal como acordó la Entidad demandada.

3. Efectivamente, el Decreto 2530/1970 prevé en su art. 5 la exclusión del régimen especial de trabajadores autónomos de los trabajadores por cuenta propia cuya actividad como tales dé lugar a su inclusión en otros regímenes de la Seguridad Social. No obstante, la DA Decimoquinta de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados establece que quienes ejerzan una actividad por cuenta propia que requiera la incorporación a un Colegio Profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, se entenderán incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho Régimen en los términos reglamentariamente establecidos.

En el mismo precepto se acompañan una serie de previsiones para los profesionales cuya actividad se hubiera iniciado entre el 10 de noviembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1998, así como la exención de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos establecida para los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a una Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la Mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1985.

En cualquier caso, quedarán exentos de la obligación de alta prevista, los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad antes del 10 de noviembre de 1995, cuyos

Colegios Profesionales no tuvieran establecida en tal fecha una Mutualidad de las señaladas más arriba y que no hubieran sido incluidos antes de la citada fecha en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Pero en el supuesto comentado no resultan de aplicación estas previsiones porque como se señala en la propia sentencia, el recurrente ejerce su actividad desde 1985 como veterinario por cuenta propia y si eso se desprende como hecho indubitado, a tenor de la Orden de 3 de octubre de 1981, quedó integrado en el régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sin que pueda invocar la opción consagrada en la DA Decimoquinta de la Ley 30/1995 dado que desde febrero de 1995 la Mutualidad de Previsión Sanitaria Nacional se transformó en Mutua de Seguros a Prima Fija y por ello dejó de cumplir la función sustitutoria del sistema de previsión público, propio de las Mutualidades de Previsión.

D) Profesiones liberales

STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2001 (recurso 4085/2001), I.L. J 2590.

1. El demandante (abogado), había firmado con la empresa demandada (una sociedad urbanística), un contrato de trabajo de prestación de servicios profesionales. Entre las cláusulas de este contrato hay una en la que expresamente se establece que éste tiene un carácter puramente profesional, estando excluida la aplicación de la legislación laboral y administrativa, por lo que se regirá por los pactos del propio contrato así como por las normas de la legislación civil. El trabajador respondió a un anuncio en prensa a principios del año 1997. En 1999, por acuerdo adoptado en el Consejo de Administración de la antes citada sociedad, y a propuesta del Presidente de la Sociedad, se pone fin a la prestación de servicios para la sociedad por considerar que no son necesarios en ese momento sus servicios profesionales, sin derecho a indemnización alguna tal y como constaba en las cláusulas del contrato suscrito entre las partes. El abogado demandó por despido a la sociedad ante los Juzgados de lo Social que estimaron la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, absolviendo en la instancia a la empresa demandada y frente a esta resolución el demandante recurrió en Suplicación ante el TSJ de Madrid cuya sentencia ahora se comenta.

2. Para la Sala resulta claro que los hechos y las circunstancias presentes en este caso, una vez valorados los distintos medios de prueba practicados, no corroboran la tesis sostenida por el recurrente en el sentido de que se trata de una relación laboral la que le une con la sociedad demandada. En efecto, a través del contrato formalizado por escrito se desprende claramente que ambas partes convinieron en denominar a éste de "servicios profesionales no laboral", para la realización de trabajos de abogado relacionados con el objeto social de la demandada. A estos efectos, para el Tribunal no resulta relevante el hecho de que la prestación de servicios hubiese de desarrollarse tres días en semana, en horario de 9 a 14 horas en las oficinas de la sociedad, ya que no consta que esos tres días estuviesen predeterminados por la empleadora, ni tampoco que los trabajos encomendados se realizasen exclusivamente en sus locales. Esto hay que unirlo al hecho de que

no hay constancia de que el abogado estuviera sometido al poder disciplinario de la sociedad o que en el desarrollo de sus cometidos como abogado estuviese sometido al poder directivo de la misma con el correspondiente disfrute de vacaciones, permisos, licencias, etc. Tampoco se convino que en esta relación fuese de exclusividad. Por todo ello, la Sala concluye no se pueden apreciar las notas de ajenidad y dependencia propias de la relación laboral a tenor del art. 1.1 ET, por lo que habrá que estar a la calificación efectuada por las partes. El Tribunal señala también que una de las partes es abogado por lo que se le supone perfecta conocedora de lo que se pacta. Así se desestima el recurso confirmándose la sentencia de instancia.

3. La parte recurrente, señala algunas sentencias del TS en las que se destaca que, para calificar la naturaleza de un contrato, ha de atenderse a lo que resulte acreditado en cuanto a su realidad, sin que sea decisivo el *nomen iuris* que las partes le hayan dado. De este modo, es necesario atender sobre todo si de la relación se desprende que concurre el elemento de la dependencia, entendida como sometimiento del trabajador al poder de organización y disciplina del empresario, porque si ello es así, la relación será laboral con independencia del nombre que las partes le hubieran dado. Ahora bien, en el presente caso, parece desprenderse con claridad del relato de hechos probados en la instancia que no modifica la Sala de Suplicación, la dificultad de identificar las notas propias de la relación laboral por lo que la conclusión a la que se llega es clara.

STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2001 (recurso de suplicación), I.L. J 3309.

1. La empresa Integral, S.A. y Dña. Rosa B.C. suscribieron diferentes contratos de arrendamiento de servicios profesionales en la condición de arquitecto técnico de esta última. En dichos contratos se especificaba que para la realización de los mismos, Dña. Rosa B.C. podía utilizar las instalaciones y los servicios de la empresa a fin de poder desarrollar a su mayor comodidad sin sujeción de horario y pudiendo organizar su actividad profesional conforme a sus propios criterios e independencia, si bien deberá adaptarse a las directrices marcadas en cuanto a las bases, proyectos y normativas sobre las cuales tiene que realizar el trabajo objeto de cada contrato. En contraprestación a dichos servicios se establece de mutuo acuerdo, en concepto de honorarios profesiones, siempre que no se hubiesen establecidos honorarios cerrados para los trabajos la cantidad de 12.600 pesetas al día para 6 horas diarias, necesitando autorización expresa por escrito cualquier exceso sobre la cifra mencionada, que se hará efectiva al final del trabajo mediante la presentación de la correspondiente minuta de honorarios, si bien mientras dure la actividad podrá presentar mensualmente minutas cuyas cantidades se considerarán anticipadas a cuenta de dichos honorarios.

2. Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda interpuesta por la empresa en reclamación contra el alta en el RGSS de Dña. Rosa B.C. se interpone por dicha empresa el recurso de suplicación resuelto en esta sentencia. El Tribunal considera que para pronunciarse sobre la cuestión de fondo controvertida –alta de oficio en el RGSS– ha de pronunicarse previamente sobre la existencia o inexistencia de la relación laboral. Y, en este sentido, estima que se trata de una relación laboral "al apreciarse la concurrencia de las notas que la identifican en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores". La sentencia, basán-

dose en pronunciamientos anteriores del TS –en concreto cita expresamente la STS de 7 de junio de 1986–, considera que "la calificación de arrendamiento de servicios por sí sola no desvirtúa la naturaleza laboral del vínculo, dado que la esencia del arrendamiento de servicios, regulado en principio en el Código Civil, no es incompatible, al ser idéntica, a la relación laboral o contrato de trabajo propiamente dicho, al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral". Señala, en relación a la dependencia, que se trata de una nota que "ha venido debilitándose o atenuándose, en el sentido de entenderse no como una subordinación rigurosa y absoluta, sino (...) como una sujeción a las órdenes del empleador necesarias para el buen desarrollo de la actividad o quehacer convenido en el vínculo contractual; y más concretamente, cuando se trata de trabajos con específicos conocimientos, como los llevados a cabo por la codemandada Sra. B. Aun con libertad de horario, pues la índole de sus trabajos de supervisión de obras no lo exige, siendo de destacar que no se ha acreditado una plena autonomía de la misma frente al poder organizativo de la empresa –utiliza sus instalaciones y servicios– sino únicamente una autonomía profesional –criterios e independencia– que es inherente a la especificidad y cualificación técnica del trabajo a realizar". Por lo demás, "no resultan obstáculos suficientes para desvirtuar la existencia de relación laboral con la empresa recurrente, ni la forma de percibir la retribución, mediante facturas, ni aspectos formales como el alta en licencia fiscal y en el RETA o el cargar el IVA, ni la denominación del contrato, pues todo ello constituye un intento –baldío– de desnaturalizar la verdadera naturaleza laboral de la relación existente".

3. Un pronunciamiento que, si bien no sorprende por el fondo –son ya muchos los que consideran que la mera apariencia no sirve para desvirtuar la condición laboral de una relación–, sí lo hace por el modo de adentrarse en la calificación jurídica: el alta de oficio en el RGSS. Ciertamente para considerar si tal alta es procedente o no el tribunal debe plantearse previamente la existencia o no de relación laboral. En este caso, coincide que ambas partes están de acuerdo en calificar la relación como arrendamiento de servicios y es la TGSS la que considera un fraude al sistema de Seguridad Social tal calificación. El Tribunal, entiendo que con buen criterio, analiza cada uno de los aspectos de la relación, reparando básicamente en las notas de dependencia y de ajenidad para concluir que ninguna de ellas está presente en la relación, independientemente de que existan indicios –retribución mediante minuta, alta en el RETA, alta en el IVA, etc.– que pudieran indicar lo contrario.

I) Otros

STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de diciembre de 2001 (recurso 639/2001), I.L. J. 3250.

1. El actor, D. Enrique G.N., prestó sus servicios para el Banco de Andalucía, SA, como técnico nivel 5 en la sucursal en Pozoblanco hasta el 25 de agosto de 1998, siendo el único interlocutor de compraventa del edificio propiedad del Banco de Andalucía sito en Alcaracejos, por un valor de 28 millones de pesetas. El día 19 de diciembre de 1997 se formalizó un contrato de compraventa sobre el referido inmueble. El actor interpuso una

reclamación solicitando una gratificación del 3 por ciento sobre el precio total de venta del inmueble por su mediación. Se considera probado que el banco demandado había cursado circulares a los Directores de sus oficinas, en las que manifestaba que hicieran llegar a los trabajadores del banco, jubilados y pensionistas del mismo, así como a comisionistas externos, entre los que se señalaba agentes, colegiados o no, de la propiedad inmobiliaria, oficiales y auxiliares de notarías y registros de la propiedad, la oferta de que mediaran en la venta del patrimonio inmovilizado e improductivo de la empresa, operaciones que de llegar a buen término serían gratificadas con un 3 por ciento del importe total de la venta.

2. La Sala que enjuicia este supuesto recuerda que "la determinación de la competencia o incompetencia de jurisdicción es materia de orden público, debiendo la misma, aun cuando no haya sido alegada por ninguna de las partes, proceder al examen de su propia competencia". A la vista de los hechos, y sobre todo teniendo en cuenta la oferta realizada por el banco, la Sala "tiene que calificar el contrato celebrado entre las partes como aquel contrato innominado por falta de regulación legal de naturaleza *do ut des,* que es conocido como contrato de corretaje y a la vista de ello determinar que no es suya la competencia para conocer de tal pretensión (...) siendo meridiano que la reclamación que se efectúa en este procedimiento no es derivada de la existencia de un contrato de trabajo, sino de una actividad independiente del actor, en cuya labor no estaba sujeta al ámbito de organización y dirección del empresario, sino a su propia actividad, máxime cuando la realización de la labor de comisión o intermediación no sólo no estaba determinada dentro del círculo de sus obligaciones laborales, sino que igualmente estaba encomendada tanto a los trabajadores de la empresa demandada, como abierta a cualquier otra persona que tuviera intención y modo de facilitar la actividad mediadora de compraventa".

3. Excede la labor llevada a cabo por el trabajador del vínculo contractual laboral establecido con su empresa. Es cierto que son muchas las instituciones y los comportamientos que se califican como laboral no tanto por serlo como por venir derivados de la relación que une al trabajador con su empresa. Pero, tal y como se relatan los hechos, la mediación efectuada por el trabajador se realiza en idénticos términos a como pudiera haberla efectuado cualquier otra persona con la que el banco en cuestión no mantuviera vínculo laboral alguno por lo que se considera correcta tanto la declaración de incompetencia del orden social como, por ende, la calificación como laboral de esta "casual" prestación de servicios.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Trabajador por cuenta ajena

a) Familiares

STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de mayo de 2001 (recurso 1107/1999), I.L. J 2438.

1. La actora formuló demanda contra el Instituto Nacional de Empleo en reclamación de la prestación por desempleo que le había sido denegada. En los autos queda reflejado que ha venido trabajando por cuenta y bajo la dependencia de su marido, empresario-emple-

ador para el que prestaba sus servicios en los apartamentos "Los Jazmines" con la categoría profesional primero, de "ayudante de cocina" y segundo, como "jefe de cocina", al amparo de sendos contratos eventuales por circunstancias de la producción. Cuando se extinguió el último de los contratos, la actora solicita la prestación por desempleo a la entidad gestora. Ésta le fue denegada mediante resolución justificativa de dicha solicitud, al entender que la actora no estaba comprendida en el ámbito de persona protegida por la Ley de Protección por Desempleo al no tener la condición de trabajador por cuenta ajena ya que su relación con la empresa había sido de carácter familiar.

La actora por su parte, argumenta en su defensa la ajenidad de la prestación de servicios efectuada y la percepción de salario durante toda la relación laboral. Asimismo, señala haber estado de alta en todo el período referido en el Régimen General de la Seguridad Social. En la sentencia de instancia se acogió la pretensión de la demandante, declarando su derecho a percibir la prestación por desempleo que ésta había solicitado. Frente a dicha resolución se interpuso recurso de Suplicación por el INEM que origina la sentencia del TSJ de Canarias (Las Palmas) que ahora se comenta.

2. El Instituto Nacional de Empleo, recurrente ahora en Suplicación, entiende que la solicitante de prestaciones por desempleo no tiene la condición de trabajador por cuenta ajena por tratarse de una prestación de servicios en el marco de una colaboración familiar y por lo tanto, queda excluida del ámbito de protección de la prestación por desempleo definido por el art. 205 de la LGSS. El Tribunal, por su parte, analiza en esta sentencia si la existencia de salarios acreditada mediante el recibo de los mismos es elemento suficiente para destruir la presunción *iuris tantum* de no laboralidad contenida en el art. 1.3.e) del ET para los trabajos familiares. Así, argumenta que aunque los cónyuges pueden celebrar entre ellos un contrato de trabajo según lo dispuesto en el art. 1323 CC, tal contrato no puede consistir en la creación de una mera apariencia formal o documental (como pueden ser altas en el Régimen General de la Seguridad Social o recibos de salarios que realmente no obedezcan a ninguna transmisión económica en favor del supuesto trabajador). Lo realmente importante es que las características de la relación sean las propias de un contrato de trabajo, esto es, que se puedan identificar la ajenidad, la dependencia y la retribución. En el caso planteado debe darse pues la circunstancia de que el que recibe los servicios de la ahora solicitante de la prestación por desempleo, hace suyos los frutos de ese trabajo, sometiendo a la trabajadora a su poder organizativo en el marco de la empresa. Además la trabajadora debe ser efectivamente retribuida por esos servicios como es propio del contrato de trabajo, incorporando la retribución a su patrimonio separado del patrimonio del empleador. Ciertamente, como indica el Tribunal, la existencia de un trabajo productivo nada indica acerca del título jurídico en cuya virtud éste se produce. Tanto si estuviéramos ante un trabajo de naturaleza autónoma de colaboración familiar, como si estuviésemos ante un contrato de trabajo, es claro que la actora desarrollaría una actividad productiva. Así pues, en este caso el Tribunal concluye que lo verdaderamente relevante para determinar la existencia de una relación laboral, es el régimen de separación de bienes pactado entre los cónyuges porque introduce el necesario elemento de ajenidad en la prestación que uno pudiera hacer para el otro. El hecho

de que haya quedado acreditado el carácter retribuido de los servicios es determinante para que el Tribunal estime que efectivamente se trata de un contrato de trabajo y, en consecuencia no pueda acogerse la pretensión del INEM recurrente.

3. Con respecto a este supuesto, debe señalarse que la naturaleza laboral de la relación entre cónyuges o familiares no tiene por qué implicar por sí misma el derecho a prestaciones por desempleo. En el contexto de las relaciones familiares, las causas de extinción contractual que dan lugar al nacimiento de una situación legal de desempleo, especialmente cuando estamos ante contratos laborales de escasa duración, ante resoluciones contractuales pactadas entre las partes o extinciones en período de prueba, pueden ocultar maniobras dirigidas a la obtención indebida de prestaciones por desempleo a favor de componentes de la unidad familiar que están, en realidad, en una situación de desempleo voluntario. Estas reflexiones hechas *obiter dicta* por el Tribunal resultan destacables porque dejan ver que el sentido de su resolución podría haber sido otro, si otro hubiera sido el planteamiento del caso en sede judicial. Porque la Sala no puede pronunciarse acerca del modo en que se ha producido la extinción de la relación laboral al no haberse planteado por el INEM el modo en que se ha generado la situación legal de desempleo. Los términos del debate se han fijado en torno a la existencia o no de relación laboral, y ello lo ha resuelto el Tribunal en el sentido antes indicado.

B) Inclusiones por asimilación

k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas

STSJ de La Rioja de 13 de octubre de 2001 (recurso 133/2001), I.L. J 2427.

1. La sentencia se ocupa de la impugnación de un alta de oficio en el RGSS, como asimilado a trabajador por cuenta ajena, de un consejero delegado que desarrolla funciones de dirección y gerencia. Para la entidad gestora, la fecha de alta real ha de coincidir con el nombramiento como consejero delegado del administrador (el 19 de octubre de 1999), mientras que para éste, la fecha de alta debía producirse desde el momento en que comenzó a cobrar a través de nómina (en mayo de 2000).

2. Frente a lo sostenido por la sentencia de instancia, la sentencia de suplicación declara que la fecha de alta real se ha de retrotraer hasta la fecha de asunción efectiva del cargo de Consejero Delegado. Se reproduce también un auto de la Sala declarando no haber lugar a una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 34 de la Ley 50/1998.

3. La sentencia retrotrae los efectos del alta real al momento de inicio de las funciones de consejero delegado, pese a no haberse probado suficientemente la existencia de remuneración a juicio del Juzgador de instancia, de la que sólo se tiene clara constancia desde el momento en que el administrador comienza a cobrar mediante nómina en mayo de 2000. La sentencia de suplicación se centra en tres argumentos discutibles: a) en primer lugar, en que el consejero delegado realizaba su actividad sometido a una relación de "alta dirección", pese a realizar tan sólo funciones de dirección y gerencia para la sociedad; b)

en segundo lugar, por aplicación de la presunción contenida en el art. 8.1 ET, pese a haberse señalado por la doctrina en reiteradas ocasiones la debilidad de dicha presunción, y c) en tercer lugar, porque "dado que existía una cláusula en los Estatutos de la empresa que establecía que la prestación de servicios de dirección o profesionales por parte de los administradores, la retribución que reciba lo será en función del trabajo que desarrolle y no por la función de consejero". Se apoya por tanto la sentencia en la denominada "excepción estatutaria", pareciendo entender así compatible una relación laboral de alta dirección y una relación de administración ejecutiva. Se declara así probada la existencia de retribución acudiendo a unos argumentos confusos, pero que sirven para resolver el caso concreto, dado que, según el art. 97.2.k) LGSS, es irrelevante que la retribución proceda de desempeñar trabajo por cuenta ajena o por el desempeño del cargo de administrador.

STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2001 (recurso de suplicación 2839/2001), I.L. J 2541.

1. Se resuelve en suplicación el recurso planteado por Dña. Ester P.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social que confirmaba la decisión adoptada por la TGSS, de encuadrar a la demandante en el RGSS como asimilada, con exclusión de FOGASA y desempleo. Dña. Ester prestaba servicios para varias sociedades, desempeñando funciones de dirección y gerencia por su cargo en el órgano de administración de las mismas, quedando probado que no poseía el control efectivo de las mismas. Por la prestación de estos servicios la recurrente percibía una remuneración mensual. Ante la reforma introducida por la Ley 50/1998, en concreto por aplicación de su art. 34, la propia demandante solicitó el cambio de encuadramiento en la Seguridad Social, pasando a la condición de asimilada a trabajador por cuenta ajena.

2. El Tribunal resuelve tres motivos de recurso de la demandante, dirigidos todos ellos a probar la existencia de una actividad no inherente a su condición de administradora, y calificable como trabajo por cuenta ajena. Respecto al primero de los motivos, basado en el art. 191.b) LPL, no se admite la revisión de los hechos probados, en el sentido de que no se acepta que las funciones de dirección y gerencia de la recurrente constituyan actividad diferenciada, entendiendo que estas labores son consecuencia de su nombramiento como administradora única, tal y como se establece en las escrituras por las que se formaliza el mismo. En el segundo motivo de recurso Dña. Ester insiste en la independencia de sus funciones de dirección y gerencia respecto del cargo de administradora, denunciando la infracción por inaplicación del artículo 97.k) LGSS, y 1.3 ET. De nuevo, la sentencia afirma que su actividad no tiene relación alguna con la prestación de un servicio por cuenta ajena, pues en ella no concurre ninguna de las características que la configurarían como tal. Finalmente se denuncia la inaplicación del art. 359 LEC, y el art. 9 de la Orden de 28 de enero de 2000, en materia de cotización a la Seguridad Social, señalando que no se ha tenido en cuenta su situación de pluriempleo. El ponente desestima este último motivo diferenciando la situación de pluriempleo en que se puede encontrar un trabajador por cuenta ajena, y la de pluriactividad en que se encuentra la recurrente, no

incardinada en dicha categoría. Por todo ello se desestima el recurso y se confirma íntegramente la sentencia recurrida.

3. Efectivamente, la situación de la recurrente reúne todos los requisitos exigidos por el reformado art. 97.k) LGSS, que encuadra como asimilados en el RGSS, sin derecho a FOGASA ni prestación por desempleo, a los administradores que realizan funciones de dirección y gerencia, reciban una remuneración por su cargo, y no ostenten el control efectivo de la sociedad en la que prestan sus servicios. La inclusión como asimilado, no supone la entrada de los administradores en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, simplemente implica poner a su disposición una protección social específica. Sin embargo, habría que tener en cuenta la posibilidad que en muchos casos se da, de administradores encuadrables como asimilados, que además realizan funciones en la sociedad, que sí reúnen los presupuestos básicos de la relación laboral. En estos supuestos, nada impide, desde mi punto de vista, la convivencia de los dos regímenes.

STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2001 (recurso), I.L. J 2801.

1. La sentencia se ocupa de la impugnación de una resolución de la TGSS por la que se reconoce el alta en el RGSS como asimilado a trabajador por cuenta ajena de un administrador de una sociedad, el cual, además, tenía la condición de administrador único de un grupo de empresas. La resolución declara al trabajador incluido a tiempo completo, en lugar de a tiempo parcial, como éste solicitaba.

2. Ante la alegación de discriminación por parte del recurrente, entendiendo que se le daba un trato distinto al ser administrador que trabajador en sentido estricto, el TSJ declara la inexistencia de la misma, entendiendo que se trata de situaciones distintas, que merecen un tratamiento diverso, al no prestar los administradores servicios por cuenta ajena, estando tan sólo "asimilados" a los trabajadores por cuenta ajena. Por otra parte, se declara la inclusión de este personal en el RGSS a tiempo completo, entendiendo que se trata de pluriactividad y no de pluriempleo, al requerir esta última situación trabajo por cuenta ajena.

3. La sentencia se separa de la línea mantenida por el TS, según la cual los administradores ejecutivos son trabajadores por cuenta ajena (aunque no a efectos del acceso a la prestación por desempleo), y que dio lugar a las reformas legislativas ya conocidas respecto al encuadramiento de este personal. Se ha discutido si el TS se refería a un nuevo concepto de ajenidad (DE LA VILLA) o al viejo concepto laboral (LIMÓN), quedando en este último caso reducida la peculiaridad de los administradores a la ausencia de dependencia. La sentencia entiende con buen criterio que no hay discriminación, puesto que se trata de situaciones diferentes, si bien, en mi opinión, no por ser los administradores trabajadores por cuenta propia, sino por no estar sometidos a relación laboral. Por otra parte, se declara que un administrador ejecutivo que desarrolla trabajo para distintas sociedades no se está en situación de pluriempleo, precisamente por no tener la condición de trabajador por cuenta ajena. Ello hace que, además, no le sea de aplicación el régimen previsto para el trabajo a tiempo parcial, que también quedaría reservado al personal "laboral". Esta doctrina, de consolidarse, obligaría a un encuadramiento múltiple en el RGSS del admi-

nistrador ejecutivo, sin que fuera de aplicación el tope de la base de cotización del 100 por ciento, que tan sólo resultaría aplicable al pluriempleo, al tiempo que supondría negar la aplicación de las reglas de cotización a tiempo parcial.

l) Otros

STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2001 (recurso de suplicación 3404/2001), I.L. J 2574.

1. Una subagente de seguros vino realizando desde el 1 de marzo de 1996 a 31 de abril de 1999 actividad de tal habiendo percibido durante ese período comisiones superiores, en cómputo anual, al importe del salario mínimo interprofesional. La actora no estaba en alta en el RETA. La Inspección de Trabajo de Madrid extendió acta de liquidación de cuotas por ese tiempo y lo puso en conocimiento de la TGSS y dicho Servicio Común tramitó su alta en el RETA por el período de 1 de marzo de 1996 a 31 de marzo de 1999. Contra dicha resolución se interpuso reclamación previa y contra su desestimación, demanda que recibió respuesta mediante sentencia, que fue estimatoria en parte de la misma. Recurrida en suplicación por la TGSS se estima el recurso.

2. El art. 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y los arts. 2.b) y 3.1.b) LPL, llevan a que se declare que en este orden social de la jurisdicción no se puede decidir más que lo relativo al alta en el RETA, desconectado de sus efectos y repercusiones de carácter económico, que se pueden impugnar en el orden contencioso-administrativo. En éste se podrá debatir lo relativo a la gestión recaudatoria y, en su caso, impugnar las actas inspectoras, donde se dará cumplimiento a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, proporcionalidad, equidad y demás que hayan de observarse. Es necesario que se disocien los actos del alta y las cotizaciones, de modo que discurren sus impugnaciones por vías paralelas, y al orden social sólo le es posible afirmar que el alta ha de tener lugar con el comienzo de la actividad, sin perjuicio de que eventualmente se puede decidir que no es obligado el abono de cuotas con la misma eficacia retroactiva inicial en el ámbito contencioso-administrativo.

3. Sin duda que el tema que se plantea en la sentencia tiene la "obcecación" de lo que se debate y se seguirá debatiendo, por necesidades objetivas, en forma conjunta, o si se hace disociadamente, se hará con enormes dificultades para su separación real. Se ha dejado hasta que venga un nuevo texto procesal laboral (LJCA 29/1998, de 13 de julio, modificada por Ley 50/1998, de 30 de diciembre) el acceso al orden social de los aspectos propios de la gestión recaudatoria. Pero no se ha configurado una respuesta armónica, de modo que mientras que eso ocurra el mismo orden que entiende de la referida gestión, también lo haga de los actos previos o complementarios que le son propios. Y uno de ellos es el debate sobre un alta en cualquier régimen de la seguridad social. Es indudable que el alta en la seguridad social, todo alta o toda baja, comporta consecuencias económicas. Se puede decir que directa y frontalmente no se consideran en un caso concreto. Pero son inevitables. Lo desquiciante es que se tenga que secesionar en alguna parte de esa amal-

gama para discernir a qué orden jurisdiccional se ha de acudir. Es casi baladí añadir que el acierto en la solución que se decide en la sentencia es pírrico, en tanto que el TS ya ha decidido que los subagentes de seguros no siguen la misma suerte que los agentes del mismo ramo, de modo que se dice así en la jurisprudencia, primero de modo marginal(STS de 14 de febrero de 2002) y luego frontalmente (STS de 9 de abril de 2002), donde se afirma que la relación jurídica del subagente de seguros admite una variabilidad en la colaboración que mantiene con el agente que, en algunos casos, no en todos, permite encuadrarla dentro del ámbito laboral. La conclusión se basa en los siguientes argumentos de base: los subagentes de seguros son "cobradores" de primas correspondientes a pólizas de seguros que concierta la agencia para la que trabajan. Tienen asignada una zona concreta establecida por la agencia de la que, mensualmente reciben la relación de cobros a efectuar, siendo su trabajo controlado por un Inspector de la agencia. Han de acudir semanalmente a la agencia a rendir cuentas en día predeterminado por dicha agencia, al margen de los días asignados para efectuar la liquidación mensual. Carecen de instalaciones o personal propio, usando siempre las instalaciones y material de la empresa, en cuyos cursos de formación participan. Carecen también de cartera y clientes y cuando les "roban" el producto de la recaudación, previa denuncia a la Comisaría de Policía, la empresa asume el riesgo de la sustracción. En consecuencia los subagentes de seguros, tienen su lugar adecuado a efectos de ser dados de alta, en el Régimen General de la Seguridad Social.

C) Exclusiones

b) Servicios que den lugar a la inclusión en un Régimen Especial

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 18 de diciembre de 2001 (recurso 2077/2001), I.L. J 2948.

1. Los hechos ilustran un supuesto en el que la actora fue contratada por la OID, Organización Impulsora de Discapacitados, entidad no gubernamental y sin ánimo de lucro, de duración indefinida, inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones y con sus estatutos aprobados desde 1984, para la venta de boletos a través de un contrato de trabajo a tiempo parcial de duración determinada con fecha de 13 de agosto de 1997, comunicándose a la TGSS el alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Posteriormente, el 13 de febrero de 1998, se celebra un nuevo contrato de igual modalidad pero indefinido. A partir del 1 de octubre de 1998 pasa a desempeñar tareas de auxiliar administrativa para la misma empresa (trabajos de coordinación en el domicilio social y en horario de tarde), sin que se comunicase al INEM modificación alguna de su categoría en el contrato de trabajo. La prestación de servicios se prolongó hasta el 18 de enero, fecha en la que causó baja médica y permaneció en situación de incapacidad temporal hasta el 17 de octubre de 2000. Debe repararse también en que la citada organización presentó solicitud en 1994 para la celebración de un sorteo, la cual fue denegada por el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado y confirmada después por el TSJ de Madrid.

2. Entiende el Tribunal que la cuestión a dilucidar consiste en determinar si la actora ostenta derecho a figurar de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como consecuencia de los servicios prestados para OID. Llega a la conclusión de que la pretensión

debe resolverse en sentido desfavorable, dado que la única actividad desarrollada por la citada organización que se acredita es la organización de sorteos y venta de los correspondientes cupones, actividad para la que no cuenta con la preceptiva autorización administrativa. Ante la falta de este requisito, el juzgador aprecia la ilegalidad de la actividad empresarial en virtud de lo dispuesto por la DA Decimoctava de la Ley 46/1985, en la que se prohíbe la tenencia de billetes o boletos que constituyan soportes de juegos de azar, loterías, rifas, etc., salvo autorización administrativa, así como por lo dispuesto en el art. 3.3 de la Ley 4/1998, reguladora del Juego y de las Apuestas de Castilla y León, donde se prohíbe la realización de sorteos sin el citado permiso. En definitiva, la relación de prestación de servicios existente entre la demandante y OID debe considerarse nula, por ilegal, dada la ilicitud de la causa (art. 1275 CC), sin que tenga relevancia que a partir de determinada fecha la demandante dejara de prestar servicios como vendedora de cupones y pasara a hacerlo como auxiliar administrativo, pues la totalidad de tareas realizadas en la empresa responden a necesidades de una actividad social ilícita.

3. La sentencia merece ser duramente criticada por dos razones fundamentales. Primero, por su oscuridad: si el relato de los hechos probados resulta incomprensible, incurriendo a menudo en contradicciones, el Tribunal no hace nada por remediarlo y aportar algo de claridad sobre los hechos y fundamentos de derecho que habrían de dar lugar al *petitum*. Y, segundo, por el sentido del fallo: es cierto que el objeto del contrato tiene que ser lícito *ex* art. 1271 CC, pero de la denegación de la solicitud para la celebración de sorteos no puede deducirse sin más que es ilegal toda la actividad desarrollada por una entidad inscrita en el correspondiente Registro administrativo; así las cosas, nada impide que pueda contratar a una trabajadora para realizar tareas de auxiliar administrativo, quedando sometida pues a las obligaciones derivadas de su obligado encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social.

c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social

STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2001 (recurso 3053/2001), I.L. J 2534.

1. La presente sentencia resuelve un recurso de suplicación planteado por la TGSS contra una resolución del Juzgado de lo Social que anulaba una decisión por ella adoptada en la que, por aplicación de la Ley 50/1998, procedía al alta en el RGSS del codemandado D. Joaquín M.C. como asimilado, es decir, con exclusión de FOGASA y desempleo. D. Joaquín, era socio de la empresa demandante dedicada a la auditoría contable, y era titular del 20 por ciento de las participaciones en que se dividía su capital. Además, era administrador solidario de dicha sociedad, junto a otros dos socios. Estaba previsto en los propios estatutos de la sociedad que dicho cargo era gratuito. Por otra parte, el codemandado prestaba servicios para la misma entidad como profesional liberal, proviniendo sus ingresos por un lado, de la facturación realizada por su actividad, y por otro, de los beneficios sociales con que se remuneraban sus participaciones en el capital. Como consecuencia de todo ello, D. Joaquín se encontraba encuadrado en el RETA hasta el momento en que se dicta la resolución impugnada.

2. El TSJ admite el primer motivo de recurso formulado por la TGSS al amparo del art. 191. b) LPL, permitiendo una nueva redacción de los hechos declarados probados al ser más descriptiva, sin perjuicio de que ello tenga alguna trascendencia respecto a las conclusiones que se alcancen. Respecto al segundo motivo de recurso, por el que se denuncia la aplicación errónea del art. 34.1 de la Ley 50/1998 que modifica la redacción del art. 97.2. k) de la LGSS, y en base al art. 191.c) LPL, el tribunal resuelve confirmando la sentencia recurrida, y con ello entiende que D. Joaquín, por su cargo de socio y administrador, no puede estar dado de alta en el RETA al no poseer el 50 por ciento del capital social, y no haberse probado existencia de control efectivo sobre la empresa demandante. Tampoco puede encuadrarse en el RGSS como asimilado, en la medida en que entre sus funciones como administrador no se incluye las de dirección y gerencia, ni existe retribución. El ponente, apoya estos fundamentos en la Circular 5-019 de 10 de junio de 1999 de la propia TGSS, que en su conclusión B), exige para la asimilación al trabajador por cuenta ajena, que los servicios como administrador sean retribuidos, y consten así expresamente en los estatutos sociales.

3. Una vez más, la confusión que rodea al régimen de seguridad social de los administradores de sociedades da lugar a una resolución judicial. De la misma se deduce que entre los elementos básicos a tener en cuenta para determinar el régimen aplicable, a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 50/1998, está la existencia de control efectivo sobre la sociedad, directo o indirecto, es decir, por la titularidad del 50 por ciento del capital social, o a través de cualquier otra vía, que lleva a la inclusión de los administradores en el RETA. Por otro lado, el criterio de la remuneración del cargo, y de la realización de funciones de dirección y gerencia, que lleva a encuadrar al administrador que no se encuentra en la situación anterior, en el RGSS como asimilado. Este último criterio aparece matizado por la circular de la TGSS citada en la propia sentencia. El problema de la interpretación que da esta circular es la necesidad de que la remuneración aparezca expresamente prevista en los estatutos sociales, quedando un vacío legal para aquellos administradores que no se encuentran ni en un grupo ni en otro, y además reciben una retribución no determinada a través de los estatutos sociales.

6. TRABAJADORES SOMETIDOS A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

STS de 19 de diciembre de 2001 Sala Tercera (recurso de casación 5899/1996), I.L. J 2837.

1. El demandante había solicitado en septiembre de 1991 un permiso de trabajo y regularización de residencia en España acogiéndose al Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, acompañando dicha solicitud de la documentación exigida, en la que se acreditaba su estancia en España y la existencia de un compromiso de empleo. La Dirección General de Migraciones denegó el permiso solicitado basándose únicamente en que no se había acreditado una oferta firme de empleo. Contra dicha resolución el interesado interpuso dos recursos de reposición. El primero sosteniendo que la oferta que acompañaba a su solicitud reunía todos los requisitos legales de un contrato de trabajo. En el segundo, dirigido contra la misma resolución denegatoria, el interesado insistía en

la existencia de una oferta de trabajo estable y regular y se hacía constar expresamente la circunstancia de que se poseía un nuevo contrato de trabajo por lo que era fácil comprobar que su situación laboral en España estaba garantizada. La desestimación de dichos recursos determinó el inicio de un proceso en el que el interesado insiste en su pretensión solicitando la anulación de la resolución denegatoria dictada por la Dirección General de Migraciones. El Tribunal Superior de Justicia de las Palmas que conoció del asunto desestimó la demanda afirmando que "el contrato inicial de trabajo aportado con la solicitud de regularización de la estancia del demandante en nuestro país –amparándose en el Acuerdo de 7 de junio de 1991– ni siquiera había sido objeto de cumplimiento y no podía servir para acreditar la oferta en firme de un contrato estable y regular, ya que tres meses después, con ocasión de un recurso de reposición, se había aportado por el solicitante un nuevo contrato de trabajo con una empresa distinta". En consecuencia la sentencia confirmó el acto administrativo en el que se denegaba el permiso de trabajo. Contra dicha resolución se interpone recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

2. El Tribunal Supremo estima el recurso porque aprecia que la sentencia recurrida sienta una deducción ilógica al derivar de la aportación por el interesado de una nueva oferta de empleo la falta de acreditación de la existencia de un puesto de trabajo regular y estable. El Tribunal de casación aprecia que "falta la precisa y directa relación entre la afirmación de la falta de cumplimiento del primer contrato y la conclusión confirmatoria de la denegación del permiso, ya que lo exigido en el Acuerdo de Regularización es el contar con un oferta firme de empleo estable y regular en el momento de la solicitud; la ausencia de este requisito ha sido el único motivo expreso de denegación del permiso y lo cierto es que la sentencia no niega en modo alguno, habiendo quedado por el contrario plenamente acreditado lo contrario, que no contase en aquel momento el demandante con una o más ofertas de empleo regular y estable, a tenor de lo exigido en la norma invocada". Partiendo de esta afirmación, el TS resuelve el fondo del asunto estimando la demanda formulada y reconociendo al interesado el permiso de trabajo y residencia solicitado.

3. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991 tuvo por objeto adoptar algunas medidas necesarias para completar el proceso de regularización de trabajadores extranjeros realizado en 1985 y, a la vez, propiciar la afloración y legalización de los colectivos de extranjeros que trabajaban en situación irregular pero que podían demostrar su inserción y arraigo. Entre las condiciones exigidas para acogerse a este proceso de regularización, el Acuerdo exigía que el extranjero hubiese sido en el pasado titular de un permiso de trabajo y residencia; que realizase o hubiese realizado en España una actividad lucrativa continuada o, finalmente, que contase con oferta firme de empleo regular y estable, o con proyecto permanente y viable de explotación o desarrollo de actividad por cuenta propia. Es esta última condición la que resulta controvertida en la sentencia que se comenta. Ya anteriores sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se habían pronunciado sobre dicha exigencia, interpretándola de forma flexible en la misma línea que ahora mantiene la STS de 19 de diciembre de 2001. En este sentido,

deben mencionarse las SSTS, de 17 de febrero de 2000 y de 16 de noviembre de 1994 ambas de la Sala Tercera. En esta última el TS señalaba, precisamente, que la aportación por el recurrente de varias y reiteradas las ofertas de trabajo de distinto signo pone de relieve su fácil y pronta adaptación social y convivencial en nuestro país, sin que sea preciso, además, que las ofertas de empleo lo sean en la modalidad de contrato de trabajo de duración indeterminada.

STSJ de Navarra de 22 de octubre de 2001 (recurso 76/2001), I.L. J 2543.

1. El conflicto resuelto por la STSJ Navarra, de 22 de octubre de 2001, tiene su origen en la negativa de la Federación Española de Baloncesto a conceder una licencia como jugadora nacional y/o comunitaria a favor de una ciudadana de origen polaco. La negativa de la Federación determinó que el club donde la jugadora de baloncesto prestaba sus servicios profesionales decidiera la desvinculación de la interesada con la entidad deportiva sin perjuicio de mantener en vigor el contrato laboral que le unía con dicha entidad. A consecuencia de ello la jugadora no pudo participar en ninguno de los encuentros en los que jugó el Club de Baloncesto que la contrató. Esta situación determinó el planteamiento de una demanda ante el Juzgado de lo Social en la que la interesada solicita, por una parte, el reconocimiento de su derecho a prestar sus servicios en igualdad de condiciones que un trabajador o deportista profesional español y/o comunitario y, por otra, la condena al Club Deportivo y a la Federación Española de Baloncesto a estar y a pasar por dicha declaración cesando en los actos que se opongan o impidan esa declaración, entre los que se encuentra la negativa a expedir a la actora la licencia como jugadora nacional y/o comunitaria. En instancia se acogió la pretensión apreciando la existencia de discriminación.

2. Contra esta sentencia se alza en suplicación la Federación Española de Baloncesto alegando, en primer lugar, la excepción de incompetencia de jurisdicción. El Tribunal Superior de Justicia aborda prioritariamente el análisis de dicha alegación dado que sólo la afirmación de su competencia la permitiría abordar el fondo del asunto. Pues bien, la solución a la cuestión de competencia planteada viene dada por el Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2001 que abordó un asunto similar y declaró la incompetencia del orden social de la jurisdicción atribuyéndola al orden contencioso-administrativo. Ésta es la solución aplicable en el supuesto controvertido, lo que impide al Tribunal abordar el fondo del asunto.

3. El Auto ya citado de 14 de junio de 2001 abordó, en efecto, el problema competencial planteado en una controversia referida a la denegación de una licencia federativa. En aquella resolución, la Sala de Conflictos del TS afirmó que el conocimiento de una pretensión dirigida a impugnar la denegación de una licencia deportiva "compete al orden contencioso-administrativo, dado que las asociaciones de carácter privado, que son las Federaciones deportivas, ejercen por delegación, como función pública de carácter administrativo y bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, la potestad organizativa deportiva, actuando como agentes colaboradores de la Administración Pública". Bien es cierto que el acto que se impugna, la denegación de la licencia, produce efectos sobre la relación laboral de carácter especial que vincula al deportista con el club para el que presta sus servicios. Pero, como afirmó el Auto de 14 de junio de 2001,

el hecho de que verse sobre materia laboral no elimina el carácter administrativo del acto impugnado –la denegación de la licencia–. Tampoco afecta a la solución alcanzada en materia competencial la circunstancia de que dicho acto emane de una asociación privada dado que la materia de concesión de licencias deportivas ha podido ser atribuida válidamente a un organismo en el que la administración ha delegado su potestad y función pública. Todo ello conduce a declarar la competencia del orden contencioso-administrativo y a excluir la del orden social de la jurisdicción.

STSJ de La Rioja de 27 de noviembre de 2001 (recurso 158/2001), I.L. J 2686.

1. El actor, de nacionalidad marroquí, prestaba sus servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de peón albañil. Con ocasión de su trabajo, sufrió un accidente a resultas del cual hubo de ser intervenido quirúrgicamente quedando temporalmente incapacitado para prestar actividad laboral. El actor reclama a la empresa el abono de una cantidad en concepto de prestación económica por incapacidad temporal. En instancia se dictó sentencia que, acogiendo su pretensión, condenaba a la empresa y subsidiariamente, para el caso de insolvencia empresarial, declaraba la responsabilidad del INSS y de la TGSS. Contra esta sentencia recurren en suplicación las entidades de la Seguridad Social condenadas.

2. Antes de abordar el fondo del asunto, la sentencia admite las modificaciones de la declaración de los hechos probados solicitadas por las recurrentes y aprecia en la sentencia recurrida incongruencia positiva en la medida en que su fallo incluyó la condena a la TGSS cuando nadie había solicitado dicha condena. Resueltas estas cuestiones previas, la sentencia aborda el objeto central del debate que básicamente reside en "determinar si la situación administrativa del actor a la fecha del accidente –trabajador extranjero cuyos permisos de trabajo y residencia no habían sido siquiera tramitados–, hace posible afirmar la existencia en ese momento de una relación de Seguridad Social válidamente constituida de la que quepa derivar la calificación de dicho evento como propio accidente de trabajo, las prestaciones inherentes a dicha calificación y la imputación de responsabilidad". El Tribunal resuelve la cuestión señalando que la carencia de autorización administrativa determina la nulidad del contrato de trabajo celebrado entre el actor y la empresa demandada y ello impide el nacimiento de la relación de Seguridad Social de la que pudiera derivar la calificación del accidente como laboral y el correspondiente derecho a las prestaciones. De este modo, la sentencia concluye afirmando que "la referida inexistencia jurídica acarrea la falta de presupuesto para cualquier operatividad de las normas reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social".

4. Diversas sentencias del TS se han pronunciado ya en el sentido de declarar la nulidad del contrato de trabajo celebrado por un extranjero cuando carece de los correspondientes permisos de residencia y de trabajo sin que, por supuesto, dicha nulidad impida el derecho el trabajador a percibir los salarios correspondientes por los servicios prestados (SSTS de 15 y 23 de febrero, 10 de marzo y 21 de junio de 1983 y 23 de septiembre de 1986). También el Tribunal Constitucional ha declarado que la posesión de los corres-

pondientes permisos de trabajo y de residencia es requisito indispensable para la existencia de una relación laboral (STC 150/1994). De esta forma, la regularización administrativa de la situación del trabajador es requisito previo y necesario para formalizar la relación jurídica con la Seguridad Social. Ni el art. 14.1 de la Ley Orgánica 4/2000 –que atribuye el derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles a los extranjeros residentes– ni el 14.3 de la misma norma –que dispone que los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas– alteran estas conclusiones. Y ello porque el primero de estos preceptos se refiere exclusivamente a los extranjeros que residen legalmente en España y el segundo no se refiere a las prestaciones contributivas sino a las de asistencia social. Finalmente, tampoco el art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000 modifica la solución alcanzada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia porque dicho precepto dispone que la carencia de la autorización para contratar por parte del empleador no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero pero se está refiriendo a la remuneración o salario y no al derecho a percibir las prestaciones contributivas de la Seguridad Social.

Luis Enrique de la Villa Gil
Lourdes López Cumbre (coordinadora)
Jesús González Velasco
Miguel Ángel Limón Luque
Ana de la Puebla Pinilla
Borja Suárez Corujo
María de Sande Pérez-Bédmar
Maravilla Espín Sáez
Luis E. de la Villa de la Serna

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Requisitos materiales que determinan la unidad de empresa. **3. Centro de trabajo.** A) Concepto de centro de trabajo a los efectos de designación de delegados sindicales. **4. Grupo de empresas.** A) Elementos que permiten apreciar la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. **5. Contratas.** A) Noción de propia actividad. B) Vinculación del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata. C) Responsabilidad directa del empresario principal en caso de accidente de trabajo. **6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho. B) El derecho de adquisición de la condición de fijo debe ejercitarse vigente la relación laboral. **7. Sucesión de empresas.** A) Delimitación del supuesto de hecho: el elemento objetivo. B) Sucesión de empresas y procesos de transferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. C) Sucesión de contratas. D) Sucesión de empresas en supuestos de venta judicial. E) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2001 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 2627 a 3406) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresa, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Requisitos materiales que determinan la unidad de empresa

La doctrina del levantamiento del velo permite superar los aspectos formales ligados al concepto de empresa para, haciendo uso de los elementos materiales, reconocer la existencia de una sola empresa. El principio de unidad de empresa permite reconocer al verdadero empresario frente a quienes desempeñan sólo aparentemente esta función, transmitiendo solidariamente la responsabilidad de quienes formalmente debieran responder de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo a la persona que efectivamente ocupa la posición de empresario en la relación laboral. El problema central en la aplicación de la meritada doctrina reside en la identificación de los requisitos que desencadenan la solidaridad entre las empresas formales, es decir, la composición del sustrato material suficiente para advertir la existencia de un único empresario real. En este sentido, la **STSJ de Baleares de 14 de diciembre de 2001,** I.L. J 3117, resuelve la pretensión de una trabajadora que habiendo prestado servicio en dos empresas diferentes, en virtud de contratos de trabajo suscritos con titulares empresariales distintos, solicita el reconocimiento de vínculos solidarios entre ambos empresarios argumentando que los codemandados, madre e hijo, realizan idéntica actividad empresarial, que las empresas formalmente diversas poseen una misma sede, que los escasos elementos de gestión son compartidos y que los contratos de trabajo que vinculan a la trabajadora con ambas empresas han sido firmados sobre documentos similares y bajo las mismas condiciones laborales. El Tribunal desestima las pretensiones de la actora, considerando los elementos aportados insuficientes para aplicar la doctrina del levantamiento del velo:

> "(...) por el hecho de que ambos codemandados realicen la misma actividad empresarial, como es la realización de cursos de formación profesional subvencionados por la Consellería de Treball i Formació, compartiendo gestión y locales, no dejan de ser empresas distintas (...)"

En la decisión del Tribunal pesan la presencia de elementos como la existencia de diversos contratos de trabajo, diferenciados en el tiempo y en la causa de contratación, aspectos que sin ser rechazables plantean algunas dudas interpretativas que pudieran impedir la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en las pequeñas unidades empresariales. Frente a la actividad de empresarios individuales, relacionados por vínculos parentales o no, cuyas empresas desempeñan actividades económicas que requieren una exigua disposición de medios materiales, compartir los elementos materiales para la gestión puede resultar una estrategia adecuada que permite reducir gastos superfluos. El problema puede surgir cuando además se comparten también actividad empresarial y medios personales, en tales situaciones la confusión entre ambas empresas puede ser considerada total si se consideran las especiales características de estas empresas, pues la diversidad de titulares empresariales no puede considerarse elemento suficiente para negar la unidad entre ambas empresas.

3. CENTRO DE TRABAJO

A) Concepto de centro de trabajo a los efectos de designación de delegados sindicales

Tradicionalmente la litigiosidad derivada de los procesos de descentralización productiva y de externalización de determinadas actividades, actualmente muy extendidos en el panorama productivo español, se ha centrado en mayor medida en los aspectos ligados a los aspectos individuales de la disciplina laboral. Sin embargo, no pueden negarse los efectos que los aspectos relacionados con la forma de organización de la actividad productiva pueden producir en materia de derechos colectivos. En concreto, nos referimos a la dificultad de establecer criterios suficientemente equilibrados para determinar la unidad empresarial de referencia que permita la elección o designación de la representación de trabajadores, y la influencia que sobre la idoneidad de estos criterios pueden producir las modificaciones de la estructura de la empresa. La **STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3162, aborda esta problemática con relación a una empresa de limpieza que se ocupa de prestar servicios en diversas corporaciones locales. A los efectos de aplicación del artículo 63 ET, el conjunto de las contratas de limpieza que conforman la empresa han sido agrupadas en torno a tres representaciones unitarias, como si de tres centros de trabajo independientes se tratara, aunque el número real de centros de trabajo en atención a los requisitos previstos en el artículo 1.5 ET sea superior. En esta línea, a los efectos de designación de delegados sindicales, la representación sindical solicita la consideración de la totalidad de los centros de trabajo existentes en la provincia de Vizcaya como uno solo, para con ello abrir la puerta a la aplicación del artículo 10 LOLS. En opinión de la Sala,

> "(...) la consideración como único centro de trabajo de la totalidad de los existentes en la provincia es ficticia o ideal, es decir, que no se trata de que el conjunto de centros constituya realmente un solo centro de trabajo, sino de atribuirle idealmente a este conjunto la condición de tal a unos efectos concretos y limitados, cuales son los de constituir secciones sindicales".

El Tribunal considera que no existen razones suficientes para aplicar la precitada ficción legal respecto de la representación sindical, motivo por el cual tras considerar centros de trabajo autónomos los diversos centros adscritos a cada una de las contratas rechaza las pretensiones de los demandantes.

4. GRUPO DE EMPRESAS

A) Elementos que permiten apreciar la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo

Los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales que permiten condenar solidariamente a las distintas empresas que componen un grupo han sido objeto de atención en numerosas ocasiones. La doctrina jurisprudencial considera lícita la circulación de trabajadores entre las empresas de un grupo, cuando tal circunstancia obedezca a razones técnicas y organizativas, y siempre que se establezcan las garantías precisas para los trabaja-

dores. La responsabilidad de las empresas debe limitarse al cumplimiento de las obligaciones contraídas con sus propios trabajadores, sin que proceda la aplicación automática de las previsiones contenidas en el artículo 44 ET, circunstancia que requiere la presencia de elementos adicionales que pongan de manifiesto una conducta abusiva o fraudulenta protagonizada por la dirección del grupo de empresas, conducta cuya existencia puede manifestarse ante la verificación de alguno de los siguientes elementos: funcionamiento unitario, prestación de trabajo común, creación de empresas aparentes y apariencia externa de unidad de empresa y dirección.

La **STS de 26 de diciembre de 2001,** u.d., I.L. J 3374, rechaza la posibilidad de aplicación del artículo 44 ET en el caso juzgado, pues:

> "la construcción de la teoría del grupo de empresas, con la consecuencia de la declaración de responsabilidad solidaria de las que integran el mismo, debería tener un substrato fáctico mayor de lo que se afirma en el hecho tercero de las resoluciones judiciales de instancia, esto es, que la empresa Pigmalión y Taller de Ingeniería integraban un grupo empresarial por el hecho de que el representante legal de la segunda fuera el administrador único de la primera, sin que –como decíamos más arriba– se hayan declarado probados otros extremos tales como la unidad de estrategia o la complementariedad de finalidades sociales, al margen de las referencias personales aludidas".

5. CONTRATAS

A) Noción de propia actividad

La aplicación de las previsiones contenidas en el apartado 2 del artículo 42 ET, que extiende solidariamente al empresario principal la responsabilidad sobre las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas por el contratista con sus trabajadores, queda sometida a la verificación de que las obras o servicios contratados para su realización por este último forman parte de la propia actividad de los primeros. La noción de propia actividad manejada por la doctrina cobra en estos supuestos gran relevancia, pues los elementos que delimitan este concepto sirven también para determinar la aplicación del supuesto de hecho previsto en la norma. La doctrina jurisprudencial justifica la transmisión de responsabilidades entre ambos empresarios respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata, en el hecho de que aunque debe suponerse que todas las tareas, desarrolladas directamente por la empresa principal o contratadas con otra empresa, son indispensables para la consecución de los objetivos de la empresa principal, las actividades que forman parte del ciclo productivo se incorporan al producto final de la empresa comitente. Por tanto, sólo la realización de estas singulares actividades aconsejaría la aplicación del artículo 42.2 ET.

Sobre este particular se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de noviembre de 2001,** I.L. J 2659, considerando irrelevante la diversidad de convenios

colectivos sectoriales aplicables a las empresas implicadas, el de industrias azucareras a la empresa comitente y el del metal a la contrata, para determinar la actividad propia de las empresas sometidas a consideración. En opinión del Tribunal, los trabajos de mantenimiento realizados por la empresa contratista forman parte del ciclo productivo de la empresa principal,

> "pues, de no haberse concertado, las obras y servicios deberían haberse realizado por la propia empresa comitente, so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial".

De alguna manera, el argumento que fundamenta la decisión del Tribunal contradice la doctrina anteriormente expuesta pues, según hemos visto, lo que determina la pertenencia de la actividad al ciclo productivo de la empresa comitente no es la indispensabilidad de la tarea, sino la incorporación al producto o servicio final.

B) Vinculación del contrato de obra o servicio determinado a la duración de la contrata

En anteriores ocasiones hemos tenido la oportunidad de comentar la licitud de la práctica generalizada que suele vincular la vigencia de los contratos de trabajo firmados al amparo del artículo 15.1.a) ET a la duración de una determinada contrata, de manera que la duración de relación laboral sustentada en tales contratos podrá quedar sujeta a la suerte que corra la primera. Con base en esta asentada línea jurisprudencial, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2001**, I.L. J 3001, considera improcedente el despido operado por el empresario contratista cuando sin solución de continuidad, tras finalizar el período por el que fue acordada la realización de los trabajos que dan contenido a la contrata, se resuelve acordar una nueva contrata con el mismo objeto y en las mismas instalaciones por un nuevo espacio temporal. La Sentencia reconoce el derecho del trabajador a continuar desarrollando su relación laboral hasta la finalización de la contrata en aplicación analógica del mecanismo de subrogación previsto en el convenio colectivo aplicable, pues:

> "si en los supuestos de sucesión de contratas, los trabajadores de la empresa saliente pasan a la empresa entrante; con mayor razón deberá mantenerse al trabajador en su puesto de trabajo cuando la sucesión de contratos se produce con la misma empresa; sin solución de continuidad".

C) Responsabilidad directa del empresario principal en caso de accidente de trabajo

La **STS de 10 de diciembre de 2001,** Sala Tercera, I.L. J 2835, aborda los efectos derivados de la infracción de las normas de seguridad social que afectan al empresario principal y al empresario contratista o subcontratista, de conformidad con la derogada Ley 8/1988. La Sala reitera como en tales situaciones, demostrada la actuación culpable del empresario principal, la doctrina jurisprudencial exige al empresario comitente el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en su centro de trabajo, independientemente de que las actividades afectadas sean realizadas por personal propio o ajeno, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a los empresarios contratista y subcontratista.

> "La presencia de los trabajadores pertenecientes al contratista o subcontratista en el centro de trabajo de la empresa principal vincula a ambos al cumplimiento de las normas de seguridad e higiene. Debe velarse por dicho cumplimiento tanto desde la perspectiva de la organización del centro, que incumbe a la primera, como desde la perspectiva de la dirección de la actividad de los trabajadores, que corresponde al contratista o subcontratista."

En caso contrario, y siempre que se verifique la doble condición prevista en el derogado artículo 40.2 de la Ley 8/1988, resulta exigible una responsabilidad directa, de primer grado, propia del empresario principal, distinta y compatible con la que pueda corresponder al empresario contratista.

6. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho

La tradicional dificultad que reviste la diferenciación entre figuras tan próximas como la lícita contratación de una prestación de servicios entre dos empresas prevista en el artículo 42 del ET y la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, actividad limitada con carácter exclusivo a las empresas de trabajo temporal por el artículo 43.1 y prohibida para el resto de las empresas, exige un especial detenimiento en la revisión de los hechos cuando las actividades realizadas por los trabajadores contratados por la empresa contratista pueden formar parte del ciclo productivo o deben realizarse en las instalaciones de la empresa principal. La doctrina jurisprudencial ha elaborado una prolija relación de criterios que permiten diferenciar una auténtica contrata de servicios de los negocios jurídicos simulados que pretenden ocultar la ilícita interposición de empresas materialmente inexistentes o reales.

En atención a tales criterios, nos encontraremos en el ámbito censurado por el artículo 43 incluso cuando la empresa contratista ejerza una actividad empresarial propia y cuente con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, siempre que los trabajadores hayan sido contratados para desarrollar permanentemente su labor para la empresa principal, bajo la dirección y formando parte de la estructura organizativa de ésta. Tales argumentos sirven a la **STSJ de Valencia de 26 julio de 2001,** I.L. J 2992, para apreciar tráfico prohibido de trabajadores en la relación laboral ininterrumpida desarrollada por una trabajadora que, contratada sucesivamente por diversas empresas, prestó siempre servicios como administrativa para la Generalidad Valenciana, y ello aunque:

> "formalmente, la trabajadora ha sido contratada sucesivamente por las empresas 'Fondo de Promoción de Empleo' y 'Proselección, S.L.', que firmaban los correspondientes contratos administrativos con la Administración autonómica y lo único que hacían era aportar la mano de obra de la misma trabajadora que siempre realizaba los mismos servicios en el mismo centro de trabajo".

En caso de que la prestación laboral se realice bajo la supervisión y control de los responsables de la empresa contratista y al margen de la estructura organizativa de la empresa comitente, debe rechazarse la ilegalidad del supuesto enjuiciado, pues el ordenamiento jurídico laboral protege la lícita contratación de las prestaciones de servicios sometidas al imperio del artículo 42 ET. Es el caso del supuesto analizado en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de diciembre de 2001**, I.L. J 2938, en la que el Tribunal rechaza la calificación de cesión ilegal de trabajadores para la externalización de la actividad de lavado de coches realizada por una empresa dedicada a la venta y reparación de automóviles. Para el Tribunal resulta fundamental la comprobación de que la organización, el control y la dirección de la actividad contratada corra a cargo del personal de la empresa contratista, circunstancia que no ha de ponerse en duda cuando ésta posee:

> "un responsable de equipo en el centro de trabajo que gestiona cuantas incidencias surjan con ocasión del servicio –horario, jornada, partes de trabajo, bajas, permisos, licencias, vacaciones– al margen de la estructura organizativa de la empresa principal".

Semejantes argumentos sirven también para rechazar similares pretensiones mantenidas por los actores en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2001,** I.L. J 3185. Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de octubre de 2001,** I.L. J 2748, elude realizar comprobación alguna respecto de la autonomía mediante la que se desempeña la prestación laboral objeto de litigio, sustentando el fallo sobre la única argumentación de que la actividad desarrollada por el trabajador contratado por la empresa cedente, el embalado de perfiles de aluminio, posee autonomía propia respecto a la actividad principal de la empresa cesionaria, que se dedica a la fabricación de éstos, y ello, a pesar de que en los hechos probados queda constancia de que el trabajador afectado prestó con anterioridad similares servicios para la empresa comitente.

B) El derecho de adquisición de la condición de fijo debe ejercitarse vigente la relación laboral

El artículo 43.3 ET permite a los trabajadores sometidos a tráfico prohibido, trabajadores contratados para ser cedidos temporalmente a otra empresa fuera del ámbito de actuación de las empresas de trabajo temporal, adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o en la empresa cesionaria, opción que será ejercida por el propio trabajador. Pero este derecho de opción se encuentra sometido a término pues deberá ejercitarse durante el desarrollo de la relación laboral fraudulenta. La doctrina judicial atribuye carácter constitutivo a la sentencia que reconoce la cesión ilegal, a consecuencia de lo cual no se considera posible solicitar la condición de fijo en la plantilla de estas empresas cuando la situación que debe enjuiciarse ha finalizado. En similares términos se pronuncia la **STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2001**, I.L. J 3146, para rechazar la pretensión de la actora, en la que se recuerda cómo:

> "la acción de cesión ilícita se ha de plantear mientras subsista la cesión (Sentencia del TS de 11 de septiembre de 1996 con cita de las de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1997) o como máximo, cuando se produce la extinción de la relación para entonces determinar las responsabilidades del despido, pero nunca después de que la situación de cesión ha terminado y a continuación el trabajador ha seguido prestando servicios ya sin la presencia de la supuesta cesión".

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Delimitación del supuesto de hecho: el elemento objetivo

Como en anteriores ocasiones debemos detenernos a analizar los pronunciamientos judiciales que tienen por objeto la delimitación del supuesto de hecho previsto en el artículo 44 ET, en el que además del elemento subjetivo, caracterizado por el cambio de titularidad de la empresa, debe probarse la existencia de un elemento objetivo, cual es la transmisión al nuevo titular de una entidad económica que mantenga su identidad, un conjunto de medios organizados que permitan llevar a cabo una actividad económica. En estos supuestos, se engloban aquellos en los que se produce el arrendamiento de una industria, que a diferencia de los supuestos de arrendamiento de local, se identifican por incluir los elementos precisos para la realización de la correspondiente actividad laboral. En estos supuestos, procede declarar la existencia de subrogación empresarial cuando el objeto de arrendamiento incluya:

> "todos los aparatos, enseres, efectos y utensilios (...), entregándose el local totalmente terminado en disposición de funcionamiento a entera satisfacción de los arrendatarios comprometiéndose éstos a gestionar las licencias de apertura" **STS de 14 de diciembre de 2001,** u.d., I.L. J 2879.

Pero aunque el precepto estatutario prevé que el conjunto patrimonial transmitido pueda servir para desarrollar una actividad, permite también que ésta posea carácter esencial o accesorio, circunstancia que permite aplicar el artículo 44 ET en supuestos de traspasos de unidades productivas autónomas, en concordancia con la normativa comunitaria. En este sentido, la **STSJ de Castilla León (Valladolid) de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2662, obliga a la nueva adjudicataria del servicio de cafetería de un centro hospitalario a subrogarse en el personal laboral contratado por la anterior, pues:

> "si bien la jurisprudencia ha venido negando que las cafeterías o comedores de empresa sean una unidad productiva de ésta, ello en modo alguno puede conllevar la negación de que un servicio de cafetería, adjudicado con todos los elementos necesarios para la explotación del negocio (...) constituya una unidad productiva para el particular que obtiene la adjudicación de la industria, pues, en definitiva y para el adjudicatario, sí constituye una unidad empresarial susceptible de producir beneficios económicos y explotada con tal finalidad".

Similar línea jurisprudencial justifica la falta de acogida de las pretensiones de los trabajadores en diversos supuestos, en los que la ausencia de transmisión de elementos patrimoniales conduce al Tribunal a declarar la inexistencia de subrogación empresarial *ex* artículo 44 ET. En este sentido se pronuncian la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 3232 y la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3249, según esta última:

> "Tampoco por la vía del art. 44 ET, podía producirse dicha subrogación, al no concurrir los requisitos exigidos por la doctrina unificada para que exista dicha sucesión, al estar probado, que no se entregó al nuevo contratista el soporte patrimonial necesario para que operara la transmisión de la estructura u organización empresarial básica de la explotación (...) pues sólo hubo una mera sucesión temporal de la actividad."

En otras ocasiones, los elementos patrimoniales no parecen recibir tanta atención pues para la aplicación del artículo 44 ET basta con la comprobación de otros datos fácticos con menor contenido material y mayor contenido organizativo, especialmente cuando por las especiales características de la actividad empresarial desarrollada los elementos patrimoniales precisos se reducen a la mínima expresión. Es el caso de la **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001**, I.L. J 3075, según la cual:

> "ha de entenderse que entre las empresas demandadas tuvo lugar una subrogación empresarial (art. 44 ET), pues el actor siguió trabajando en las mismas oficinas, con los mismos jefes, ejercitando las mismas funciones e incluso con el mismo 'buscapersonas'; teniendo además en cuenta, (...) que el contrato celebrado entre las empresas era de prestación de servicios de mantenimiento de locales, mientras que el actor fue contratado como conserje, pero ejerciendo las mismas funciones que anteriormente".

B) Sucesión de empresas y procesos de transferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

La posibilidad de que los procesos de transferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas pueden verse afectados por la normativa laboral en materia de sucesión de empresas ha sido abordada por el Tribunal Supremo con anterioridad. La doctrina jurisprudencial obliga a las administraciones autonómicas, éstas están obligadas a respetar y guardar los derechos y obligaciones existentes en el momento de la integración de los trabajadores en el ámbito de éstas en aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 44 ET. La **STSJ de Navarra de 21 de noviembre de 2001,** I.L. J 2831, se pronuncia sobre el alcance de la responsabilidad solidaria derivada de la aplicación del precitado artículo respecto de las deudas contraídas por el Ministerio de Educación y Cultura con un grupo de profesores de religión, ahora dependientes de la Comunidad Foral de Navarra por estar adscritos a los servicios educativos transferidos a ésta. En opinión del Tribunal:

> "el alcance temporal de la solidaridad pasiva u obligacional (tres años) comporta que en esta faceta el nuevo empresario responda por estas obligaciones de igual manera que el primero solidariamente. La subrogación, por consiguiente, sanciona la responsabilidad del nuevo empresario, y esta responsabilidad adicional atrae también en la afección patrimonial resultante al primero o cedente, con lo que se cierra el marco de cobertura a favor de los trabajadores. Consecuentemente, la empresa subrogada asumirá la deuda a que haya sido condenada la empresa cedente por sentencia en el plazo de los tres años anteriores a la transmisión".

C) Sucesión de contratas

La sucesión de contratas entre entidades privadas o por medio de procedimientos de concesión administrativa continúa siendo fuente de innumerables litigios. En esta oca-

sión los pronunciamientos judiciales coinciden en afirmar la inexistencia de subrogación empresarial cuando únicamente puede probarse la sucesión de las empresas en la contratación de determinados servicios; en tales supuestos, y ante la ausencia de transmisión de elementos organizativos:

> "la única vía por la que hubiera podido operarse la subrogación obligatoria, será la establecida en la norma sectorial contenida en el Convenio colectivo y en los términos y con los límites que en ella se establezcan" (**STSJ de Canarias, Las Palmas, de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 3232).

En similares términos se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3249.

D) Sucesión de empresas en supuestos de venta judicial

La posibilidad de reconocer la transmisión de la empresa, y a consecuencia de ello aplicar las previsiones del artículo 44 ET, es independiente del modo en que se produzca el cambio de titularidad al frente de la actividad empresarial. Por ello, el hecho de que la adquisición de la empresa tenga origen mediante venta judicial no impide la aplicación del meritado precepto y la eficacia de las obligaciones que del mismo pueden deducirse. Pero la censura jurídica exige el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma, por ello cuando la existencia de éstos no puede ser acreditada no procede la censura jurídica. Así se declara en la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de octubre de 2001**, I.L. J 3405, la Sentencia hace uso de la diligencia de toma de posesión para considerar probado que el objeto de la transmisión:

> "a excepción de un sofá y una mesita, se encontraba totalmente vacío, lo que acredita que la entidad adjudicataria del local no recibió los elementos suficientes y precisos para la continuidad de la actividad empresarial, sino únicamente del inmueble prácticamente vacío y sin enseres, precisando de los necesarios elementos, muebles e instalaciones para el desarrollo de la actividad empresarial y también de la correspondiente, en su caso, autorización administrativa (...) no operándose, por consiguiente, la declarada figura de sucesión empresarial, ya que la transmisión no comprendió la empresa, sino el inmueble en que radicaba, insuficiente por sí solo para la explotación comercial".

E) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo

Cuando no la ausencia de alguno de los requisitos previstos en el artículo 44 ET impide la aplicación de las previsiones contenidas en el mismo, la subrogación empresarial puede producirse en cumplimiento del convenio colectivo aplicable. Pero la eficacia de tales previsiones convencionales quedará vinculada al efectivo cumplimiento por las partes de las condiciones o requisitos previstos en la norma convencional. En este sentido cabe resaltar cómo el incumplimiento por la empresa cedente de determinados aspectos formales puede ser causa suficiente para eludir las obligaciones subrogatorias que el con-

venio impone a la empresa cesionaria, de manera que los derechos de los trabajadores afectados pueden verse perjudicados por la actuación negligente de una de las empresas implicadas en la transmisión, para quien la norma convencional no prevé ulteriores mecanismos sancionatorios. Sobre este particular, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de diciembre de 2001**, I.L. J 3249, señala:

> "que la subrogación se condiciona al cumplimiento por las partes de los requisitos que se contienen en el convenio de aplicación y en concreto a que por la empresa saliente se facilite a la entrante los documentos a que se refiere el artículo 9, apartado 1; dicho requisito no ha sido cumplido por la empresa saliente, tal y como declara el Magistrado en el fundamento jurídico segundo de la sentencia con valor de hecho probado (...), y siendo el incumplido un requisito impuesto por la norma convencional que actúa como condicionante para que la subrogación se produzca (...), la obligación en la subrogación deja de ser obligatoria para la empresa entrante o nueva adjudicataria del servicio".

En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 3232.

Jesús Cruz Villalón
Rafael Gómez Gordillo
Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales en materia de contratación: período de prueba. 3. Contratación temporal. A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en contrato indefinido. c) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratación a tiempo parcial y contrato fijo discontinuo. 5. Contratos formativos. 6. Contratación en la Administración Pública.** A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Contratación laboral. a) Requisitos de acceso. b) Irregularidades en la contratación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica reseña las sentencias sobre contratación laboral correspondientes al último trimestre del año 2001, incluidas en los números 13 a 16 de *Información Laboral-Jurisprudencia*. Entre los diversos pronunciamientos cabe destacar, las dos **SSTS de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 1883 y 2889, con voto particular, sobre la posibilidad de establecer un contrato a llamada aprovechando las posibilidades abiertas a la regulación convencional en relación con el contrato eventual por circunstancias de la producción.

2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: PERÍODO DE PRUEBA

Seis resoluciones abordan diversas cuestiones relacionadas con el período de prueba pactado en el contrato de trabajo. En primer lugar, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2664, determina que vulnera el principio de igualdad constitucional:

> "el establecimiento de un período de prueba superior para el personal temporal que para el fijo, y ello porque la indicada diferencia de trato no se halla amparada por el hecho de tratarse de contratos de trabajo de distinta naturaleza, ya que lo único que les diferencia es

> la duración limitada en el tiempo, en los temporales, e indefinida, en los fijos, con lo que fácil resulta comprender que tal diversidad si algo puede justificar es el establecimiento de un menor trato para los trabajadores sujetos a contratación temporal, pues sin duda la vocación limitada en el tiempo del contrato temporal sí puede justificar una menor exigencia en la adecuación del trabajador concreto a su puesto de trabajo, necesidades empresariales y relaciones personales con el resto de las personas que prestan servicios en la empresa o a ella acuden".

En segundo lugar, las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de julio de 2001,** I.L. J 2713, y **15 de octubre de 2001,** I.L. J 2749, consideran que se ajusta a derecho la declaración de no superación del período de prueba de dos trabajadoras de la Junta de Castilla y León que, por motivos de salud, pasan de desempeñar puestos de Auxiliares de Enfermería a ocupar plazas de Auxiliares de Biblioteca, quedando probado que aquéllas no realizaban correctamente las funciones de catálogo de los libros, información a los usuarios, ordenación de las colecciones y préstamo y devolución de los libros.

En tercer lugar, en relación con la duración del período de prueba, la **STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2001,** I.L. J 3132, ha declarado que:

> "No puede aceptarse la prolongación del período de prueba ni un día más de la duración que legalmente o por convenio colectivo le corresponda, ni es posible flexibilidad alguna en esta materia. (...) Por tanto, la extinción del contrato de trabajo por no haber superado el trabajador el período de prueba, una vez ha transcurrido éste, debe calificarse como un despido improcedente."

También resulta interesante la **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3129, que, en relación con un convenio que fija un período de prueba único de seis meses y sólo admite de forma habitual la modalidad del contrato por tiempo indefinido, resuelve la interpretación que debe darse a la cláusula convencional que reza que "si durante el período de prueba establecido se rescindiera el contrato de un trabajador, en el supuesto de una nueva contratación de éste, el período de prueba lo será por el tiempo restante hasta cumplir los seis meses", considerando que:

> "Esta contratación indefinida conlleva, lógicamente, un riesgo inherente a la hora de encontrar un trabajador adecuado al puesto de trabajo, razón por la que se establece tan largo período de prueba, cuyo cómputo global debe entenderse que viene referido a la misma empresa (artículos 1282 y 1285 del Código Civil en relación con el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores). Cualquier otra interpretación conduciría a resultados absurdos y por ende, injustos (artículo 1284 del Código Civil), contrarios a la propia finalidad del período de prueba que, no debe olvidarse, tiene por objeto no sólo la constatación de las aptitudes profesionales del trabajador, sino también el mutuo conocimiento de las partes en el ámbito estrictamente personal y humano."

La cláusula, a nuestro juicio, intenta abrir la posibilidad de la prestación de servicios temporal que no permite el convenio. Con lo cual, quizá la interpretación de la misma podría ser diferente, dado que con su aplicación puede conseguirse un resultado distinto al que aparentemente se pretende.

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2001,** I.L. J 3328, declara, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, que la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada durante el período de prueba constituye despido nulo porque no prueba la empresa, a pesar de los indicios existentes, que la finalización del contrato durante el período de prueba no encubre un propósito discriminatorio:

> "(...) a pesar de que el empresario puede rescindir la relación laboral de un trabajador en período de prueba sin fundarla en motivos tasados el uso de la facultad rescisoria no puede hacerse valer en contra de un Derecho Fundamental (STC de 27 de septiembre de 1988). No cabe pues considerar que la facultad de desistimiento como absoluta, pues su ejercicio no está amparado por motivación torpe o fraudulenta. En este caso, la demandante alegó que la extinción contractual durante el período de prueba respondía a un propósito discriminatorio, pues la trabajadora unos días antes había comunicado a la administración de la sociedad demandada que se había quedado embarazada y que ésta le respondió que no habría problema a pesar de lo cual puso fin a la relación laboral".

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

En el período analizado han sido numerosas las sentencias relacionadas con la celebración de esta modalidad contractual temporal. En relación con la cuestión de la identificación suficiente, precisa y clara de la obra, la **STSJ de Asturias de 9 de noviembre de 2001,** I.L. J 2669, declara que no cabe admitir cumplido este requisito con la exclusiva consignación en el contrato del centro de trabajo en el que se va a prestar el servicio determinado descrito con la genérica expresión "para deshullar un panel". En el mismo sentido, la **STSJ del País Vasco de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3150, considera que se ha celebrado en fraude de ley un contrato por obra en el que se determina como objeto del contrato la realización de "treinta y pico obras dispares".

Se refiere la **STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3147, por otra parte, a la utilización, de acuerdo con lo previsto legalmente, de esta modalidad contractual para la cobertura de proyectos concretos en determinadas empresas. Y declara que será absolutamente necesario que se precise la finalidad del proyecto, dado que el contrato por obra no podrá utilizarse para desarrollar la actividad normal y permanente de las mismas. Concretamente, no se entiende probado que la actividad "detoxificación de efluentes líquidos" pueda considerarse como proyecto determinado de una empresa dedicada a la aplicación de la energía solar, cuya actividad habitual es la especificada:

> "(...) la ausencia de una mayor concreción o detalle en la exposición del objeto del contrato, unido ello a la no constancia en autos de extremos de trascendental relevancia como los relativos a su contenido, fases de desarrollo, o grado de cumplimiento, entre otros, dificultan pueda considerarse, la obra contratada, como algo mensurable, concreto e identificable en el espacio, y con ello, a que pueda hablarse de un proyecto determinado, y no de una actividad perramente o normal de la empleadora (...)".

La **STSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2001,** I.L. J 3191, recuerda la jurisprudencia (STS de 11 de noviembre de 1998) y doctrina judicial sobre los requisitos de validez del contrato de obra o servicio determinado y considera que se incumplen éstos cuando, durante la vigencia de un contrato de obra o servicio determinado concertado para la realización de funciones de "conductores, matarifes y obreros en el matadero del Ayuntamiento", los trabajadores realizan "tareas de mantenimiento de jardines, construcciones, mantenimiento general, etc."

En este sentido, la **STSJ de Castilla y León de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2663, declara que constituye despido improcedente la finalización del contrato cuando, a lo largo de su vigencia, se ha producido una novación por "el agotamiento del primitivo objeto contractual" ya que el "precisado objeto fue la atención personalizada de religioso enfermo" pero este "objeto contractual originario sufrió una novación, pasando a ser objeto de asistencia no sólo éste, sino otros religiosos enfermos o con necesidades de ayuda, uno de ellos en forma continua y otros coyuntural".

Por otra parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2001,** I.L. J 3001, califica como despido improcedente la extinción del contrato por obra de un trabajador contratado a través de esta modalidad contractual por una empresa contratista para cubrir una determinada contrata, cuando sin solución de continuidad se realiza otra contrata con el mismo objeto y en las mismas instalaciones considerando finalizado el contrato antes de la finalización de ésta:

> "el actor, a la conclusión de la primera contrata, continuó prestando servicios durante la vigencia de la segunda (...), razón por la que ha de entenderse que el indicado cese constituye despido improcedente, ya que el trabajador debió ser mantenido en su puesto de trabajo hasta la definitiva conclusión de los trabajos de limpieza (...)".

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2001,** I.L. J 3045, resuelve también la improcedencia de la extinción del contrato para obra o servicio celebrado para la realización de determinadas actividades con autonomía y sustantividad propias cuando éstas se modifican a lo largo del contrato pasando a realizarse otras actividades:

> "Ello, por sí solo, sería bastante para entender que el contrato temporal fue concertado en fraude de ley (...). Con independencia de lo anterior; resulta que la actividad contratada no tiene autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa; sino que constituye la actividad ordinaria de la entidad demandada (...)"

Y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 2001,** I.L. J 3329, aplica la jurisprudencia (SSTS de 18 y 28 de diciembre de 1998) en materia de sujeción del contrato de obra o servicio a la correspondiente subvención necesaria para su funcionamiento, considerando que cabe "la posibilidad de formalizar contratos de obra o servicio determinados, condicionados a un ejercicio presupuestario concreto, sin necesidad de subordinarlo a toda la duración del programa", así:

> "el cese del demandante al término de la ejecución del período anual de ejecución del convenio de colaboración entre ambas entidades públicas no constituye despido (...)".

En cambio, en relación con la identificación de la obra determinada se considera en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de octubre de 2001,** I.L. J 3327, que no resultan tareas distintas o ajenas a las especificadas en el contrato, aquellas que pueden ser meramente complementarias y secundarias a lo que constituye el objeto contractual "no pudiendo producirse una situación de incertidumbre en cuanto a la conclusión del servicio, pues, terminado el servicio, tales actividades coyunturales carecen de razón de ser".

En relación con la duración y el contenido de la obra determinada que justifica el contrato temporal, la **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3324, considera admisible que, dependiendo de éste, aquélla pueda superar el tiempo que estrictamente podría considerarse como límite. Concretamente, el trabajador suscribe un contrato por obra para la realización de la "Encuesta de Indicadores de Costes Laborales prevista en el Plan de Actuación del Instituto Nacional de Estadística para el año 2000", que se extingue el 31 de enero de 2001, lo cual es perfectamente posible dado que:

> "Los datos recogidos por las encuestas realizadas hasta el 31 de diciembre carecerían de toda utilidad, si, a partir de su recogida, no fuesen ordenados y sistematizados por el propio encuestador, según los pertinentes protocolos."

Así, se considera que, aunque posteriormente se ejecute el Plan para 2001, no puede entenderse que el dato referido a la finalización de aquel contrato implique su continuidad para el cumplimiento de esta nueva obra determinada.

También en relación con la fecha de finalización, en un supuesto de consignación de la misma en el contrato por obra, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de septiembre de 2001,** I.L. J 2727, declara que "la discrepancia entre el plazo pactado y el cumplimiento de la obra se salda a favor de esta última; es decir, la prolongación del contrato más allá del término, hasta la conclusión del servicio, no opera la conversión del vínculo contractual en indefinido".

En relación con el tratamiento legal de la extinción del contrato temporal para la realización de obra o servicio determinado, la **STSJ de Castilla y León de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2663, declara que constituye despido improcedente la finalización del contrato cuando, a lo largo de su vigencia, se ha producido una novación por "el agotamiento del primitivo objeto contractual" ya que el "precisado objeto fue la atención personalizada de religiosos enfermos" pero este "objeto contractual originario sufrió una

novación, pasando a ser objeto de asistencia no sólo éste, sino otros religiosos enfermos o con necesidades de ayuda, uno de ellos en forma continua y otros coyuntural".

En el mismo sentido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2001,** I.L. J 3001, califica como despido improcedente la extinción del contrato por obra de un trabajador contratado a través de esta modalidad contractual por una empresa contratista para cubrir una determinada contrata, cuando sin solución de continuidad se realiza otra contrata con el mismo objeto y en las mismas instalaciones considerando finalizado el contrato antes de la finalización de ésta:

> "el actor, a la conclusión de la primera contrata, continuó prestando servicios durante la vigencia de la segunda (...), razón por la que ha de entenderse que el indicado cese constituye despido improcedente, ya que el trabajador debió ser mantenido en su puesto de trabajo hasta la definitiva conclusión de los trabajos de limpieza (...)".

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2001,** I.L. J 3045, resuelve también la improcedencia de la extinción del contrato para obra o servicio celebrado para la realización de determinadas actividades con autonomía y sustantividad propias cuando éstas se modifican a lo largo del contrato pasando a realizarse otras actividades:

> "Ello, por sí solo, sería bastante para entender que el contrato temporal fue concertado en fraude de ley (...). Con independencia de lo anterior; resulta que la actividad contratada no tiene autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa; sino que constituye la actividad ordinaria de la entidad demandada (...)"

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Dos importantes sentencias del Tribunal Supremo destacan en relación con esta modalidad contractual y su regulación convencional posible: las **SSTS de 17 de diciembre de 2001,** Sala General, I.L. J 1883 y 2889. El conflicto que provoca la interposición de los recursos de casación que resuelven estas resoluciones deriva de la impugnación del art. 4 del Convenio Colectivo del Manipulado y Envasado de Agrios de la Región de Murcia, en la regulación que realiza de ciertos aspectos del contrato eventual, concretamente en la previsión que reseña que "los trabajadores que se contraten bajo esta modalidad contractual, bien sea por acumulación de tareas, exceso de pedidos, circunstancias de la producción o mercado, aún tratándose de la actividad normal de la Empresa, deberán suscribir el correspondiente contrato, con duración máxima de 180 días de trabajo efectivo, dentro del período de 365 días, pero serán llamados al trabajo, y lógicamente retribuidos exclusivamente los días en que sean precisos sus servicios a la Empresa, dentro del período pactado, y ello por posibilitarlo el art. 3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el art. 15 del ET, ya que se está en presencia de Convenio Colectivo sectorial, y se establece la duración de estos contratos en la forma expuesta, en atención al carácter estacional de la actividad. Las partes suscritoras (*sic*) del convenio entienden ajustada a Derecho esta modalidad de contratación, en función de las caracte-

rísticas del sector a que se aplica y las peculiaridades del mismo. En todo caso este contrato no puede ser utilizado a través de empresas de trabajo temporal, con contratos de puesta a disposición".

Las sentencias referidas declaran la nulidad de esta cláusula convencional considerando que:

> "(...) deja en manos de la empleadora el cumplimiento del contrato por lo que a ella se refiere. El mandato convencional permite que, concertado el contrato por una duración máxima determinada, el trabajador quede obligado para todos y cada uno de los días del período pactado, mientras que el empleador únicamente lo llamará al trabajo cuando, a su solo juicio, necesite de los servicios, pudiendo incluso no llamar ningún día.(...) el contrato que autoriza el precepto convencional cuestionado es una especie de híbrido de contrato eventual, a tiempo parcial, para satisfacer trabajos fijos discontinuos, que no respeta los mínimos legales de cada uno de ellos, constituyéndose en un medio por el que el empleador puede contar con los servicios de un trabajador que queda vinculado contractualmente de manera obligatoria y que no ha de utilizar más que cuando sus servicios le sean necesarios, con olvido de que tal necesidad o su desaparición no puede ser elevada a la categoría de causa de la temporalidad, y, menos aun, de la indeterminación del tiempo en el que las partes quedan vinculadas. El contrato eventual, no puede ser intermitente. La intermitencia está reservada para los trabajos fijos discontinuos. El contrato a tiempo parcial, exige la precisión del tiempo de efectividad servicios por el que se concierta, y el contrato para trabajos fijos discontinuos exige una precisión en el orden de los llamamientos".

Sin embargo, no es unánime la postura del Tribunal en relación con esta conclusión. Cuatro de sus miembros discrepan, emitiendo el correspondiente Voto Particular en el sentido de entender, en principio, "ajustada a derecho la fundamentación del régimen de trabajo intermitente por llamada en los artículos 82 y 85 del ET y en el art. 5 del Reglamento de jornadas especiales de trabajo. Estos preceptos reconocen un amplio espacio a la negociación colectiva en materia de condiciones de empleo y de ordenación del tiempo de trabajo, proporcionando, si se cumplen determinados requisitos, base suficiente para el establecimiento colectivo de intermitencias en la prestación de servicios o régimen de trabajo por llamada".

Los requisitos a que se refiere el voto discrepante son dos. Por un lado, el respeto a las normas legales y reglamentarias de derecho necesario (art. 3.2 ET); y, por otro, la implantación del trabajo a llamada como condición más beneficiosa para los trabajadores (art. 3.3 ET y principio de norma más favorable). Pues bien, según el Voto que se comenta, ambos se cumplen con la cláusula convencional cuya validez se debate:

> "La regulación del régimen de trabajo por llamada en el convenio colectivo (...) no es en realidad una regulación contraria a ley (*contra legem*), sino una regulación sobre una ordenación del tiempo de trabajo no expresamente prevista en la ley en el momento de la conclusión del convenio. No cabe hablar, por tanto, de colisión o conflicto de normas legales y convencionales, sino de regulación por parte del convenio colectivo de una modalidad de trabajo a la que la ley española, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos

> laborales, no había prestado atención expresa o directa, hasta la nueva redacción del art. 12 del RD-L 5/2001 y la Ley 12/2001, no aplicables al caso de atención a la fecha de su entrada en vigor. (...) El segundo requisito también se cumple [el principio de norma más favorable]. Para emitir este juicio o valoración de favorabilidad (...) esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (...) no necesita realizar una valoración económica o estratégica exhaustiva; le basta con verificar que tal valoración, llevada a cabo previamente por quienes negociaron el convenio colectivo en cuestión, es razonable y atendible. (...) La alternativa al trabajo por llamada de los trabajadores eventuales en un sector de oferta de empleo caracterizada por la intermitencia, es la contratación de trabajadores eventuales por períodos de breve duración, coincidentes con acumulaciones o exceso de tareas no potenciales o previsibles sino actuales. Lo que en el régimen de 'trabajo a llamada' son interrupciones de la ejecución del contrato de trabajo se convierten, de no existir tal régimen, en decisiones de extinción o cese del contrato eventual. Desde este punto de vista, el régimen del 'trabajo por llamada' al que se refiere este litigio constituye una organización del mercado de trabajo ventajosa para los trabajadores eventuales; y no supone un abuso de derecho a la negociación colectiva de las partes que la suscribieron."

Además de estas destacables resoluciones, han de comentarse también en relación con el contrato eventual otras dos sentencias. En primer lugar, la **STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3161, considera que la cláusula convencional por la que se amplía la duración legal del mismo sólo puede entenderse aplicable a los contratos celebrados durante su vigencia, "si se hacen contratos posteriores, no pueden quedar sujetos a su normativa. A partir de entonces rige la normativa legal (...) y ésta no es otra que una previsión de una duración máxima de seis meses en un período de doce".

En segundo lugar, la **STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3154, reconoce que se ajusta a derecho el contrato eventual celebrado para asumir una acumulación puntual de la actividad justificada por la necesidad de atender un importante pedido, aunque no es preciso para la validez del contrato:

> "una coincidencia exacta entre la vigencia del contrato de trabajo y el tiempo de que dispone la empresa para la producción de lo que el cliente le haya pedido. Es suficiente una aproximación cronológica (...). La exigencia rígida de una coincidencia absoluta en el tiempo resultaría muestra de ignorancia sobre la frecuente y relativa laxitud en el desarrollo de la actividad empresarial y de las relaciones comerciales entre las empresas".

c) Contrato de interinidad

En el período analizado, debe destacarse, de entrada, en materia de interinidad por sustitución, la **STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 2855, sobre el juego de la movilidad funcional en el contrato de interinidad en la que el trabajador recurría al entender que al haber desarrollado tareas de categoría superior por lo que se consideraba que se ha utilizado este tipo de contratación de forma indebida. El Tribunal rechaza el recurso del trabajador al considerar que el trabajador interino puede ser destinado a

realizar tareas distintas de las del trabajador sustituido, como consecuencia de la movilidad funcional y tal y como el propio sustituido podría haber hecho.

Diversas sentencias en doctrina judicial de suplicación inciden en cuestiones relativas a la extinción del contrato de interinidad por sustitución. Algunas de ellas, no introducen grandes novedades, tales como la **STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3146, que considera válida la terminación del contrato de interinidad por traslado del trabajador sustituido, recordando que conforme a la normativa vigente ya no cabe que en los supuestos de falta de reincorporación del sustituido los contratos de interinidad, por supuesto, celebrados en la Administración Pública se conviertan en una interinidad por vacante. Tampoco se considera que se ha producido despido, sino válida extinción del contrato de interinidad al solicitar la excedencia la trabajadora sustituida (**STSJ de Castilla y León, Burgos, de 21 de diciembre de 2001**, I.L. J 3246). La originalidad del supuesto radica en que el contrato de interinidad se había prolongado mediante sucesivas novaciones, desde la inicial situación de sustitución por embarazo, a una sustitución parcial al reducir la jornada la trabajadora sustituida, hasta extinguirse por la solicitud de excedencia voluntaria. El Tribunal considera lícitas estas novaciones por entender que las necesidades de la empresa de cobertura del puesto de trabajo se habían prolongado durante este tiempo. Un enfoque diferente se mantiene en la **STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2001**, I.L. J 2936, donde se examina un contrato de interinidad por sustitución que prevé su extinción, además de por las causas normales, cuando "deje de ser precisa la cobertura del servicio por el trabajador sustituido". Esta cláusula se considera "próxima a una condicional potestativa que remite a la mera voluntad del empresario la decisión de dar por terminada la relación de trabajo, dejando al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato". La sentencia también tiene cierto interés en cuanto a los efectos de la extinción contractual:

> "producida la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo con fecha (…), es decir, cuando finalizó el descanso maternal de la sustituida, no cabe el ejercicio de la opción *ex* art. 56.1 del ET, y si sólo el abono de la indemnización en su apartado a); y respecto de los salarios de trámite habrá de descontarse el período en que estuvo la actora en situación de baja por IT, y limitarse su percepción mientras se mantuvo la situación de descanso por maternidad de la sustituida, como extremo a dilucidar en ejecución de la sentencia".

El examen de la doctrina judicial en relación con este contrato de interinidad por vacante, revela alguna sentencia interesante como la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de diciembre de 2001,** I.L. J 3284, en la que se examina la suscripción de un contrato cuya causa corresponde a un contrato de interinidad por vacante y no a un contrato eventual. El Tribunal aplica la doctrina jurisprudencial que considera éste como simples irregularidades formales. Además, también prescinde de la calificación convencional que había establecido esta denominación, al entender que los convenios colectivos no pueden establecer:

> "nuevas clases de contratos, puesto que el catálogo de modalidades contractuales temporales se establece por Ley, al constituir materia de derecho necesario no alterable salvo que la propia Ley lo autorizase".

En segundo lugar, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de noviembre de 2001,** I.L. J 2790, abunda en la polémica cuestión de la cobertura del puesto de trabajo ocupado por el interino por un funcionario destinado al mismo por readaptación médica. En el caso en concreto, el Tribunal no admite este supuesto como causa de extinción del contrato temporal de interinidad, argumentado que la duración del contrato de interinidad es la del proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto de trabajo. Algo más se precisa sobre la duración de este tipo de contratos, cuando convocadas las pruebas para cubrir la vacante interinada, ningún aspirante obtiene plaza. En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de septiembre de 2001,** I.L. J 3386, se entiende que, en estos supuestos:

> "(...) el trabajador contratado temporalmente bajo la modalidad de contrato de interinidad no cesará en su puesto en tanto no se cubra definitivamente la plaza vacante por el personal que acredite haber superado el correspondiente proceso de selección; de suerte que si el proceso selectivo concluye sin que la plaza vacante ocupada por el interino se cubra, el trabajador interino permanecerá en su puesto, con el mismo carácter de interinidad, en tanto que por otro proceso selectivo se cubra la vacante".

Finalmente, debe hacerse referencia a dos pronunciamientos referidos específicamente a efectos derivados la "tardanza" en la contratación de interinidad, naturalmente en el ámbito de la Administración Pública. De este modo, aparte de la **STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de octubre de 2001,** I.L. J 2737, donde no se aprecia la existencia de una especial negligencia o morosidad en la suscripción del contrato de interinidad que diera lugar a indemnización de daños y perjuicios porque la demora privara al actor de obtener otras ganancias, cabe reseñar, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de septiembre de 2001,** I.L. J 3385, que considera que la tardanza en cubrir la vacante no convierte la relación temporal –que en el caso en concreto se había suscrito como un contrato de obra o servicio– en indefinida.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Sobre esta cuestión, cuatro son las resoluciones que pueden traerse a colación. Dos de ellas, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 12 de noviembre de 2001,** I.L. J 2792, y la **STSJ de Valencia de 26 de julio de 2001,** I.L. J 2992, se refieren al cómputo de la antigüedad en supuestos de contrataciones temporales sucesivas a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente. Y en ambas se aplica la jurisprudencia en la materia (STS de 30 de marzo de 1999):

> "(...) El tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1.a) ET sobre la indemnización de despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desen-

> volvimiento de la misma. Tal solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando (...) entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido (...)".

Por otro lado, las **SSTS de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 2876 y **de 19 de octubre de 2001,** I.L. J 3401, abordan la conocida cuestión de la situación laboral de los profesores de religión en los colegios públicos para determinar, la primera, el carácter no indefinido de la relación laboral; y, la segunda, la imposibilidad de que los mismos perciban el complemento por antigüedad.

b) Conversión en contrato indefinido

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de octubre de 2001,** I.L. J 2754, declara que deviene indefinido el contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción pactado sin cumplimiento del requisito de identificar con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifica, dado que no se expresa la concurrencia de la misma sino con la genérica fórmula establecida en la Ley, "en consecuencia, al no haberse dado cumplimiento a dicho requisito, la cláusula de temporalidad carece de validez, siendo en consecuencia el contrato de carácter indefinido".

Por otro lado, la **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 2952, tras declarar que una pretendida relación mercantil no puede sino considerarse laboral por concurrir en ella el fundamental requisito de la dependencia de la empleadora, considera que ésta no puede sino considerarse temporal y no por tiempo indefinido porque:

> "el actor celebró con pleno conocimiento un contrato de duración determinada en el tiempo y llegado el momento final de esa duración su contrato se extingue de modo automático sin que exista posibilidad legal alguna, como se pretende, de convertirlo en una relación laboral indefinida (...)".

Desde nuestro punto de vista, no parece que deba ser ésta la conclusión a alcanzar en el supuesto referido, dado que la regla general es que las contrataciones mercantiles falsas son contratos laborales ordinarios y no hay ninguna razón para que se consideren temporales.

En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 5 de octubre de 2001,** I.L. J 3398, resuelve, aplicando la jurisprudencia en la materia, que no puede considerarse indefinida la relación laboral de un trabajador contratado en fraude de ley a través de diversos contratos temporales dado que, entre éstos y el último contrato celebrado se ha interrumpido la prestación de servicios durante un período de tiempo muy superior al previsto por el art. 59.3 ET (veinte días de caducidad).

c) Tratamiento de la extinción contractual

Por lo que se refiere al contrato eventual, la **STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2001,** I.L. J 2917, considera constitutiva de despido improcedente la extinción del mismo

cuando aquél se formaliza fuera del período en el que se acreditan las causas que justifican su celebración (acumulación de tareas) por ello al menos:

> "resultaba razonable y proporcionado exigir de la empresa actividad probatoria suficiente dirigida a acreditar que existió un incremento inusual de su actividad coincidente con el período temporal que permaneció vigente el contrato de trabajo objeto de litis".

En sentido contrario, la **STSJ de Cantabria de 8 de noviembre de 2001,** I.L. J 2782, declara que se ajusta a derecho la extinción del contrato por obra o servicio determinado del trabajador en situación de incapacidad temporal dado que "la denuncia sólo debe considerarse como necesaria cuando continúe la prestación de servicios, de forma tal que si el contrato está suspendido, por ejemplo, por incapacidad temporal del trabajador, como ocurre en el caso que nos ocupa, a la llegada del término fijado, lo que se presume es la extinción, y no la prórroga o la conversión en indefinido".

La **STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2001**, I.L. J 3140, considera que la decisión empresarial de no renovar a su extinción un contrato temporal debido a las bajas repetidas del trabajador no constituye discriminación.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y CONTRATO FIJO DISCONTINUO

En esta crónica todas las sentencias vienen referidas a supuestos de contratos fijos discontinuos. En primer término, cabe destacar, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 11 de octubre de 2001,** I.L. J 3399, considera que el haber trabajado ininterrumpidamente durante 17 meses no desnaturaliza el carácter de fija discontinua de la relación ni impide que la trabajadora pueda ser cesada a la terminación de la campaña o temporada siguiente. El Tribunal señala que "respecto a los trabajadores fijos discontinuos, el despido sólo surge cuando éstos son cesados en períodos de actividad o cuando no son llamados al reinicio de la misma". Por supuesto, no se reputa despido cuando, iniciada la campaña, la trabajadora no se reincopora pese haber recibido los correspondientes avisos (veáse en este sentido, la **STSJ de Extremadura de 19 de diciembre de 2001**, I.L. J 3230).

En relación con el derecho a la percepción a la prestación de desempleo, hay alguna sentencia interesante. En primer lugar, cabe destacar la **STSJ de Baleares de 20 de septiembre de 2001,** I.L. J 3036, en la que se deniega la prestación de desempleo, alegando que su jornada superaba el 77 por ciento de la jornada a tiempo completo (porcentaje a que se refería el art. 12.1 del ET hasta su modificación por la Ley 12/2001). El Tribunal, además de apuntar que en la redacción actual del contrato a tiempo parcial se modifica este porcentaje, crítica la postura del INEM:

> "En definitiva, aunque no se exprese con claridad se viene a exponer a la trabajadora que no debió consentir su cese en la actividad de lavandera fija-discontinua por estimarse fija a tiempo completo, olvidando una reiteradísima doctrina del Tribunal Supremo, aplicada

> en diversas ocasiones por esta Sala, en el sentido de que no puede exigirse al trabajador cesado que efectúe una calificación jurídica de las condiciones del contrato para indagar sobre una posible causa de ilegalidad que invalide la cláusula de temporalidad del mismo (…) y por otra parte en el caso de autos, ello tendría una gran complejidad."

El supuesto de hecho tiene un indudable interés, si se conecta con lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera del RD-L 5/2002, que como es sabido, permite a la Entidad Gestora en supuestos donde considere que puede no existir una situación legal de desempleo por entender que puede existir una contratación temporal fraudulenta, ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, reconociendo, eso sí, provisionalmente las correspondientes prestaciones de desempleo.

También en relación con el acceso a la prestación de desempleo, la **STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2001,** I.L. J 2654, que se ocupa de la delimitación del contrato fijo discontinuo con el contrato a tiempo parcial, recordando que la nota distintiva de la consideración del trabajo fijo discontinuo descansa en que la contratación del trabajador se efectúe para llevar a cabo una actividad periódica, intermitente o cíclica por temporadas o campañas. En el caso concreto, la realización de trabajos en días fijos y determinados, excluye, a juicio del Tribunal, la consideración del trabajo como fijo discontinuo, por lo que se prescinde de la cláusula contractual que establecía que el contrato era fijo discontinuo y que, lógicamente, estaba dirigida básicamente a buscar el acceso a la prestación por desempleo.

Existen, también algunos pronunciamientos de menor interés relacionados con cuestiones concretas sobre temas conocidos. Así, en primer término, en relación con la preferencia en el llamamiento la **STSJ de Baleares de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3119, reconoce el derecho del trabajador fijo discontinuo sobre otros trabajadores con menor antigüedad, sin que este derecho se viera afectado por la negativa del trabajador a asumir funciones y responsabilidades que no competen a su categoría profesional e implicaban peores condiciones horarias. En segundo término, cabe reseñar dos sentencias sobre el problema clásico y reiterativo de delimitación del contrato fijo discontinuo y el contrato temporal de obra o servicio. Dejando de lado la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de noviembre de 2001,** I.L. J 3017, que no hace cuestión de ello y se limita a aplicar el principio de irrelevancia del *nomen iuris*, determinando que la naturaleza del contrato es la de un contrato fijo discontinuo, interesa destacar la **STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2001,** I.L. J 3186, considera que atendiendo a la reiteración en el tiempo y esta actividad carece de autonomía y sustantividad propia, la relación laboral es fija discontinua, por lo que la actuación empresarial de no convocar al trabajo se considera un despido improcedente. Las consecuencias son, claro está, la inutilidad de los finiquitos firmados y la irrelevancia de que al finalizar el curso anterior se le comunicara la finalización del contrato de duración determinada que formalmente le unía a la empleadora.

5. CONTRATOS FORMATIVOS

En el período analizado destacan dos sentencias de lo contencioso-administrativo sobre la utilización de contratos en prácticas de titulados universitarios en la categoría de auxi-

liar administrativo en el sector bancario. Dejando de lado la **STS de 5 de noviembre de 2001,** I.L. J 2760, que no admite el recurso de unificación de doctrina porque la valoración de las conclusiones es distinta, en las sentencias de contraste excluyen la sanción por faltar un requisito de la infracción administrativa, la culpabilidad, con lo que parece partir de la inadmisibilidad de la conducta empresarial, la **STS de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 2761, se ocupa de resolver la impugnación de la sanción por percepción indebida de bonificaciones por este mismo tipo de contratos en prácticas. El Tribunal confirma lógicamente la sanción, con carácter de falta muy grave, al tratarse de la utilización indebida de una modalidad contractual, pues el puesto desarrollado no se correspondía con la titulación del trabajador en prácticas.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En este período, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 23 de julio de 2001,** I.L. J 2720, no entra en la cuestión de la discriminación del personal laboral y funcionarial, al entender que no son términos comparables, distinta normativa justifica las eventuales diferencias en la consolidación del nivel.

B) Contratación laboral

a) Requisitos de acceso

Dentro del marco temporal de esta crónica, la **STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2001,** I.L J 3156, tiene cierto interés porque se ocupa de la relación entre las bolsas de trabajo y la sucesión de contratos eventuales. En el caso en concreto, se recuerda que la entidad pública contratante ha de respetar las listas de preferencia para ser contratado, de modo que el contrato eventual de una trabajadora ha de prolongarse todo cuanto dure le existencia del contrato. Razón, por lo que el derecho de la trabajadora se vulneraría si tras un determinado período de contratación (que en este caso es de días, aunque el Tribunal precisa que sea cual fuera su duración):

> "la misma necesidad puntual de mano de obra quedara atendida mediante la contratación de otro trabajador con menor preferencia que el originariamente contratado. Ese listado de trabajadores vinculaba a la parte empleadora tanto al comienzo como al final de la vigencia de los contratos temporales".

Por su parte, la **STSJ de Baleares de 3 de diciembre de 2001,** I.L. J 3115, discute si existiendo vacantes en la plantilla, la empresa viene obligada a cubrirlas. El Tribunal entiende que no procede la condena de la empresa a cubrir las vacantes en la medida en que en el convenio no se contiene obligación en este sentido.

b) Irregularidades en la contratación

En este ámbito, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de noviembre de 2001,** I.L. J 2656, considera fraudulento el contrato de interinidad celebrado sin la correspondiente previsión en la relación de plantilla, por lo que se aplica la consiguiente consideración de trabajador indefinido aunque no fijo de plantilla. Más concretamente, en las **SSTSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2001,** I.L. J 3339 y **de Extremadura de 7 de noviembre de 2001,** I.L. J 3294, se entra a discernir en las diferencias entre trabajadores fijos y los que sólo tienen una relación de carácter indefinido en las Administraciones Públicas. El Tribunal recuerda que la extinción producida por la cobertura reglamentaria de la plaza en el caso de una relación laboral indefinida por irregularidades en la contratación, no constituye despido.

José María Goerlich Peset
María Amparo García Rubio
Luis Enrique Nores Torres
Mercedes López Balaguer
Amparo Esteve Segarra

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Definición y composición de la estructura salarial. a) Contrato de *stock options*. b) Retribución de las horas de presencia en el sector del transporte. c) Complemento de polivalencia. Es un devengo por razón de la categoría, no por el puesto de trabajo. d) Complemento de antigüedad. Cuantificación del mismo en el caso de personal transferido. e) Dietas. No es preciso su acreditación para hacer efectivo el cobro. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Juicio de igualdad entre funcionarios y laborales. b) Abono de compensación económica por trabajar en festivos sólo para los contratados antes de 1992. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Excepción de caducidad de la acción de despido opuesta por el FOGASA en el proceso seguido sobre responsabilidad de dicho organismo cuando fue citado en el proceso anterior de despido. b) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: salarios pendientes de pago. c) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: no alcanza a la indemnización por fin de obra. d) Responsabilidad: no procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores. **2. Jornada de trabajo.** A) Jornada. a) Continua. Personal estatutario que no presta servicios en régimen de exclusividad. b) Condición más beneficiosa. Inexistencia en el personal estatutario. c) Modificación. Cabe mediante Acuerdo que pone fin a una huelga. d) Superior a la que marca el Convenio Colectivo. B) Tiempo de trabajo. a) Tiempo de presencia. No lo es el destinado a la comida, cena o pernocta siempre que se perciba la dieta correspondiente. **3. Pacto de no concurrencia.** A) No opera por imposibilidad fáctica y jurídica. **4. Clasificación profesional.** A) Funciones y movilidad funcional de las auxiliares de enfermería. B) Clasificación profesional de personal sometido al Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración del Estado (BOE de 1 de diciembre de 1998): oficiales administrativos del Ministerio de Defensa y ayudantes de cocina del Ministerio de Educación y Ciencia. C) Proceso de clasificación profesional: materia e irrecurribilidad de la sentencia. **5. Movilidad funcional.** A) Movilidad funcional de trabajador con contrato de interinidad. B) Cambio de puesto de trabajo por motivos de salud y período de prueba.

C) Trabajadores de salida en expediente de regulación de empleo y consolidación del ascenso de categoría. **6. Movilidad geográfica.** A) Traslado a otro centro de médico de cupo especialista. B) Traslado. Procedimiento de Tutela de derechos fundamentales. C) Impugnación de traslado geográfico ciudadano marroquí que presta servicios para Agencia "Maghreb Árabe Presse". Incompetencia de jurisdicción. D) Movilidad. Cobertura temporal de puestos en Renfe. Dietas y destacamento carácter forzoso y perjuicios para su percibo. E) Facultativo interino. Traslado a otro puesto de trabajo por cobertura de su plaza en virtud de concurso de traslado. F) Traslado de trabajador de Renfe en virtud de acuerdo con la empresa. Indemnización por vivienda. **7. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Trabajo en sábado. Rescisión del contrato de trabajo al amparo del artículo 41.3 ET. B) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Rescisión trabajador indemnización por perjuicio del trabajador. C) Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Cambio de horario para la entrada y salida. Fusión de empresas que supone dos centros de trabajo, unificación de horario. Modificación justificada. **8. Excedencias.** A) Excedencia autoconcedida: despido procedente. B) Excedencia voluntaria: plazo para la solicitud de reingreso. C) Excedencia voluntaria. Indemnización de daños y perjuicios por no reincorporación. D) Excedencia por cuidado de familiares: duración. E) Extinción de contratos de excedentes voluntarios como consecuencia de expediente de regulación de empleo. F) Reingreso del personal estatutario. Normativa aplicable. G) Prescripción de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios por retraso en reincorporación, tras período en excedencia voluntaria.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En este apartado resulta obligada una breve mención relativa a la modificación del artículo 28 LET por la Ley 33/2002, de 5 de julio (BOE del 6). La reforma opera mediante un doble juego: el de sustitución e inclusión. En primer lugar, se sustituye el concepto "salario" como franja protectora de la prohibición discriminatoria por la noción de "retribución", comprendiendo ésta algo más que el salario base y los complementos salariales. Con ello, se amplía la protección dispensada por el mandato de igualdad abarcando no sólo aquellas partidas estrictamente salariales sino también las de carácter extrasalarial que se conceptualizan en el artículo 26.2 LET.

En segundo término, se incorpora al derecho nacional la prohibición de discriminación directa e indirecta. Esta tipología aparecía recogida en el artículo 2.1 de la Directiva

76/207/CEE, del Consejo, y fue desarrollada por la jurisprudencia comunitaria sobre todo en relación con diferencias de tratamiento retributivo, y en particular, en el campo del trabajo a tiempo parcial. En fin, la justificación principal del cambio normativo responde al deseo de adaptar la norma nacional al bloque comunitario referente a la igualdad, cuya autoría en este caso reside en el esfuerzo conjunto del legislador y Tribunal de las CE.

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2002 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2627 a 3406).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Contrato de *stock options*

La opción de acciones es sólo una expectativa de derecho que se apoya, como condición imprescindible, en el hecho de que el trabajador permanezca prestando servicios para la empresa. De ahí que los presupuestos de ejercicio del derecho se fijen a través de pacto, así como, se limita más aun el plazo para ejercitar el derecho en el supuesto de despido, lo que no constituye práctica ilegal (**STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2923).

b) Retribución de las horas de presencia en el sector del transporte

El artículo 8 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, define el tiempo de presencia en el sector del transporte. Según la norma, tiempo de presencia es aquel en que el trabajador se encuentra a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares posibilitando que en los convenios colectivos se determinen en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia. Este espacio temporal no podrá exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes. Además, las horas de presencia no se computan a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonará con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias (STS de 22 de diciembre de 2000).

Expuesta la doctrina general, se entra a cuestionar la calificación del tiempo no retribuido (aproximadamente una hora) que transcurre desde la llegada a Madrid y hasta el regreso a Bilbao para los conductores de una empresa de autobuses. El análisis del asunto conduce necesariamente a la consideración de ese tiempo como tiempo de presencia y por tanto objeto de remuneración:

> "Dentro de los supuestos previstos tanto en el pacto como en el Real Decreto se incluye el tiempo de espera y es cierto que, como se afirma en la sentencia recurrida, se ha de con-

siderar la propia duración de la misma (una hora), el origen de aquélla (no se acude a Madrid por propia iniciativa, sino en cumplimiento del contenido prestacional de la obligación laboral, al igual que acontece al regreso), la carencia de residencia o domicilio en tal ciudad de los trabajadores demandantes, la necesaria conducta a observar para estar en tiempo, hora y condiciones para reiniciar la actividad laboral, son datos objetivos que abonan lo razonable de la tesis de considerar que se da el supuesto de tiempo de espera aludido en los textos de referencia como susceptibles de abono por el concepto de tiempo de presencia (...)" (**STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3316).

c) Complemento de polivalencia. Es un devengo por razón de la categoría, no por el puesto de trabajo

En el sector bancario se cuestiona la naturaleza jurídica del plus de polivalencia funcional, barajándose dos calificaciones posibles: complemento de puesto de trabajo o bien complemento de la categoría. La **STSJ de Baleares de 5 de diciembre de 2001,** I.L. J 3116, se inclina por la segunda de las denominaciones por las siguientes razones. El artículo 24 del Convenio Colectivo de Banca configura el plus de polivalencia funcional como derecho retributivo que corresponde al personal del grupo administrativo en bloque, sin ligar su devengo al desempeño de ningún puesto concreto de trabajo ni a la ejecución de determinados y singulares cometidos laborales. Es una partida salarial que percibe la totalidad de empleados pertenecientes al mencionado grupo profesional y por el mero hecho de formar parte del mismo, cualquiera que sea luego la actividad que desarrollen en el marco de la funciones de índole administrativa que compete realizar a los trabajadores de esa categoría. Es más, este plus se creó por el Convenio Colectivo precedente para compensar la extensión a todo el colectivo de empleados administrativos de ciertas tareas específicas que primero venían reservadas a sólo determinados trabajadores y que daban lugar al cobro de diversos complementos funcionales, ya desaparecidos, como el plus de máquinas, gratificación y complemento por funciones de cobros y pagos en ventanillas de caja, complemento de gestores y visitadores y otros análogos.

d) Complemento de antigüedad. Cuantificación del mismo en el caso de personal transferido

La cuestión objeto de debate se refiere a la cuantificación de percepciones por trienios en razón a la antigüedad del personal de la Comunidad Autónoma de Madrid transferido de otros organismos públicos por expresa disposición legal específica. Supuesto este que se califica como una novación subjetiva del contrato de trabajo o variación en la titularidad empresarial del mismo. Las circunstancias objetivas propias de cada contrato novado quedan incólumes al momento de la transferencia, es decir que ésta, en principio, ni aumenta ni disminuye el contenido del contrato de trabajo tal y como se encontraba en el momento en el que se cambia de empleador. Ahora bien, dicha novación subjetiva, después de la transferencia provoca que la relación laboral pase a regularse por un Convenio Colectivo distinto: el de la Comunidad Autónoma de Madrid en vez del propio del organismo de origen. Como consecuencia de ello (al ser el contrato de trabajo de

tracto sucesivo) puede producirse que la regulación concreta de alguna materia objeto de la relación laboral pueda ser diversa a la propia del contrato originario.

El problema concreto se plantea en relación al artículo 37 del Convenio colectivo que fija una cuantía determinada de complemento salarial por antigüedad para el personal que presta sus servicios para la Comunidad Autónoma de Madrid y contiene una previsión de respeto a las cuantías más elevadas que por tal concepto hubieran sido objeto de derecho adquirido previniendo que, en lo sucesivo, se ajustarían a las que procedan según el citado artículo 37 del Convenio Colectivo. No contiene previsión expresa de que aquellas cuantías devengadas antes se recalcularán al alza conforme a la cuantía del Convenio Colectivo. La interpretación correcta del precepto sería ésta:

A) Las cuantías consolidadas por antigüedad que resulten ser mayores que las que fija el Convenio Colectivo de la Comunidad Autónoma de Madrid por trienios anteriores a la transferencia quedan consolidadas como derecho adquirido previo a la misma por su importe.

B) Los trienios en curso de adquisición que son aquellos iniciados y no completados antes de la transferencia y que se perfeccionan después de la misma, sea cual fuere su importe en el Convenio de origen y el de destino, se cuantifican por el importe fijado en el Convenio de destino (el de la Comunidad Autónoma de Madrid).

C) Las expectativas de derechos del Convenio de origen desaparecen y se sustituyen por las propias del de destino.

Ello es así porque la referencia del artículo 37 del Convenio Colectivo es exclusiva a derechos en curso de adquisición y no a derechos adquiridos salvo que éstos lo hubieran sido en mayor cuantía que la propia del Convenio de la Comunidad Autónoma de Madrid sin mención expresa paralela a que si lo hubieran sido en cuantía inferior serían recalculados al alza (**STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3134).

e) Dietas. No es preciso su acreditación para hacer efectivo el cobro

La dieta tiene por finalidad compensar el gasto que el trabajador se ve obligado a realizar por razón de su trabajo, pero en el momento en que dicha compensación quede regulada ha de acudirse a la norma– legal o convencional– para comprobar en qué casos el trabajador ha de justificar el gasto. De donde se difiere la validez del pacto que exima de acreditar el gasto para la percepción de su cobro. Tal es el caso del artículo 18 del Convenio Colectivo para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia que fija determinadas cantidades en concepto de dietas y a favor del trabajador, siempre que éste, por causa del servicio, no pueda comer, cenar o pernoctar en su domicilio, si bien la empresa puede optar por pagar el gasto directamente y con la matización de que en los supuestos en que los servicios se presten fuera del territorio nacional, se deberán probar los gastos. Luego, sólo en este último supuesto se ha de producir la aludida justificación y no en la generalidad de los casos (**STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 3277).

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Juicio de igualdad entre funcionarios y laborales

La concurrencia de laborales y funcionarios en el mismo centro de trabajo puede al menos generar dos interrogantes en materia de igualdad salarial. El primero se dirige a preguntar si es discriminatorio establecer para cada uno de los colectivos una escala salarial singular incluso en el supuesto de identidad funcional. La máxima a igual trabajo igual salario no es aplicable si la diferencia entre los colectivos queda justificada en el régimen aplicable. Éste es el caso de las diferencias salariales existentes entre los Oficiales de 2ª Administrativo (laborales) y los Auxiliares de Justicia en el ámbito de Juzgado (funcionarios). En este supuesto los funcionarios perciben un salario mayor, pese a que ambos grupos realizan las mismas funciones **(STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2851).

La segunda cuestión trata de dilucidar si la ocupación por un laboral de una plaza de funcionario exige el abono de un plus salarial hasta completar la remuneración del funcionario o bien la extensión de algún complemento de salario propio del funcionario. Si como consecuencia de la diferente estructura de la masa salarial del personal laboral y del funcionario de la administración autonómica, el personal laboral que ocupe una plaza funcionariada percibiese una remuneración inferior a la establecida para el personal funcionario, tendría derecho a un complemento personal absorbible, pero si el personal laboral percibe una masa salarial anual superior a la que recibiría un funcionario de la misma categoría y antigüedad que desempeñase dicho puesto de trabajo, no tiene derecho a percibir una partida salarial adicional **(STSJ de Andalucía, Granada, de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 3298). También, puede suceder que el percibo de un complemento específico del puesto funcionarial resulte incompatible con otro que disfruta en su condición de personal laboral **(STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de julio de 2001,** I.L. J 3002).

b) Abono de compensación económica por trabajar en festivos sólo para los contratados antes de 1992

La controversia jurídica planteada consiste en decidir si es discriminatorio que actualmente algunos trabajadores de "El Corte Inglés" –los contratados antes de 1992– perciban compensación económica por trabajar en festivos y a otros– contratados después de 1992– no se les abone cantidad adicional por ejercer tal actividad. La **STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2001,** I.L. J 3145, considera que esta actuación es conforme al principio de igualdad con fundamento en tres motivos:

i) No se ha demostrado la existencia de Convenio o pacto colectivo alguno entre empresa y trabajadores contratados antes del año 1992 respecto a la compensación económica por ese trabajo en festivos, sino que del contenido de las Actas aportadas se deduce que la empresa se limitó a notificar a los representantes sindicales su decisión de premiar o

compensar esa libre disponibilidad de los trabajadores para una circunstancia no prevista en sus contratos;

ii) Al no autorizarse con carácter habitual la apertura comercial en festivos, la empresa decide afrontar esta nueva situación contratando a personas exclusivamente para esas fechas especiales y, al mismo tiempo, incluir en los nuevos contratos la jornada de lunes a domingos y festivos, sin que éstos tengan compensación especial alguna por tales festivos, ya que aceptaron tal contingencia en el conjunto de las cláusulas contractuales y sin que ello constituya discriminación alguna en cuanto a sus pactos y circunstancias de contratación eran totalmente distintos de quienes se incorporaron antes de 1992;

iii) La justificación de que se respetase a los antiguos esa compensación especial, era porque ello se había constituido en un derecho adquirido o condición más beneficiosa, en amparo de la cual tenían posibilidad de acudir a los Tribunales.

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Excepción de caducidad de la acción de despido opuesta por el FOGASA en el proceso seguido sobre responsabilidad de dicho organismo cuando fue citado en el proceso anterior de despido

En el supuesto que resuelve la **STSJ de Valencia de 25 de mayo de 2001,** I.L. J 2692, se cuestiona si el FOGASA puede oponer la excepción de caducidad de la acción de despido en el posterior proceso sobre responsabilidad de dicha entidad consecuencia de la insolvencia empresarial, cuando estuvo citado en el anterior proceso de despido, sin que compareciese al mismo.

El TSJ de Valencia responde en sentido negativo a la mencionada cuestión, con cita de la STS de 16 de octubre de 1996, en la que se señala que habiendo sido demandado el FOGASA en el proceso donde se reclamaron las percepciones de la empresa y que finaliza por sentencia que reconoce la responsabilidad de ésta condenándola, y consintiendo el Fondo la misma, no puede luego oponer la prescripción o la caducidad que no alegó a su debido tiempo. En apoyo de su argumentación cita también la STC 90/1994, de 17 de marzo, en la que se señala que cuando el origen de la obligación de pago subsidiario del Fondo proceda del reconocimiento de las indemnizaciones en una sentencia previa, las circunstancias de hecho que consten probadas en ella deben prevalecer a efectos probatorios en la posterior reclamación contra el FOGASA frente a las que figuren en el expediente administrativo, y la STS de 12 de noviembre de 1997, en la que se señala que la condición de parte en el primer proceso impone que las resoluciones firmes recaídas en dicho proceso tengan fuerza de cosa juzgada respecto del mismo.

b) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial y topes máximos: salarios pendientes de pago

A efectos de determinar la cuantía económica por salarios de tramitación de que responde el Fondo de Garantía Salarial deben tenerse en cuenta los salarios ya satisfechos

anteriormente por el Fondo, de modo que la suma de ambos conceptos no supere el tope legal de 120 días de salario, con valor de éste no superior, además, al doble del salario mínimo interprofesional.

Así lo señala la **STS de 19 de diciembre de 2001,** (u.d.) I.L. J 2894, aplicando la previsión contenida en el art. 33.1, apartado 2º, ET, antes de ser reformado por el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, que suprime la referencia expresa a la "indemnización complementaria por salarios de tramitación" como concepto distinto del salario, refiriéndose ahora el tenor literal del precepto exclusivamente a la cantidad reconocida como salario en conciliación o resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el art. 26.1 ET.

c) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: no alcanza a la indemnización por fin de obra

La **STS de 26 de diciembre de 2001,** (u.d.) I.L. J 2905, señala que no cabe extender la garantía del Fondo de Garantía Salarial a las indemnizaciones por fin de obra. Aunque la Sentencia se refiere a la indemnización pactada en convenio colectivo cuando ésta no estaba prevista expresamente aún en el art. 49.1.c) ET, señala el TS que el Fondo no responde de tal indemnización ni siquiera tras la reforma operada en este último precepto, dado el tenor literal del art. 33 ET, que no la contempla, y el techo del Convenio 173 de la OIT, que no la incluye.

d) Responsabilidad: no procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores

En **STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3158, se aplica el criterio contenido en STS de 14 de diciembre de 1999, I.L. J 1954, en la que se señala que para que se le pueda exigir al Fondo de Garantía Salarial el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del art. 52.c) ET o por despido colectivo del art. 51 ET a que se refiere el art. 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma.

Por ello, cuando el número de extinciones supera los límites cuantitativos fijados para despedir por circunstancias objetivas, y se lleva a cabo acogiéndose el empresario a lo que dispone el art. 52.c) ET, no existe legalmente despido objetivo, puesto que para ello, no sólo se han de cumplir las exigencias formales del art. 53 ET, sino que además es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites que a tal efecto dispone el art. 51.1 ET. En este caso, si no existe despido objetivo ni tampoco se ha tramitado el procedimiento de regulación de empleo que exige el despido colectivo, no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al Fondo de Garantía Salarial el mencionado art. 33.8 ET.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Jornada

a) Continua. Personal estatutario que no presta servicios en régimen de exclusividad

La **STSJ de Baleares de 5 de noviembre de 2001,** I.L. J 3176, declara que no cabe exigir al personal facultativo médico que no preste servicios en exclusiva para el INSALUD, jornada a tiempo partido (mañana y tarde).

Ahora bien, respetándose este derecho a jornada continuada, aclara la Sentencia que la determinación del horario y turnos en que debe trabajar el personal es facultad exclusiva del INSALUD, porque así se lo otorgan los arts. 109 y 121 de la LGSS de 1974, 87 de la Ley General de Sanidad y 36 y 38 de la OM de 7 de julio de 1972.

b) Condición más beneficiosa. Inexistencia en el personal estatutario

La aplicación de la normativa laboral al personal estatutario es una cuestión recurrente ante los tribunales, que ha recibido tradicionalmente una respuesta negativa, al entender que la naturaleza de la relación que une al personal con la entidad gestora, se acerca más a una relación funcionarial, que a una relación laboral. En este sentido, se pronunciaba ya la STCT de 17 de febrero de 1986, Ar 950. Se entiende así, que las normas generales de la función pública contienen una regulación propia e incompatible con la laboral, porque obedece a principios claramente distintos. Así, en el ámbito de la función pública rigen los principios de legalidad y eficacia en la gestión (art. 103 de la CE), mientras que en el ordenamiento jurídico laboral, rigen entre otros, el principio pro-operario.

Esta doctrina es la que aplica la **STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3348, **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 3168 y **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 2680.

En todas estas resoluciones judiciales, se analiza si el disfrute por personal estatutario de una jornada inferior a la legalmente establecida, puede llegar a consolidar una condición más beneficiosa que impida exigir al personal afectado el desarrollo de la jornada ordinaria, o la posteriormente pactada entre Administración y Sindicatos.

La solución a la que se llega en todos los supuestos, como tiene establecido ya el TS desde su Sentencia de fecha 19 de abril de 1991 (recurso 1378/1990), es que no existe en estos casos una condición más beneficiosa que respetar, por ser ésta una institución típica y característica del ordenamiento jurídico laboral, que no resulta aplicable en la esfera de las relaciones jurídico-públicas sean funcionariales o estatutarias.

En la misma línea la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987 (recurso 99/1987), declaraba:

> "El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada el tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien al hacerlo acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcionarial (art. 103 de la Constitución)."

En idéntico sentido, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 3235, establece la inexistencia de derecho adquirido o condición más beneficiosa a que un ATS/DUE que siempre ha desarrollado su trabajo en turno diurno, lo mantenga inalterado.

Manifiesta el tribunal, a este respecto:

> "No existe impedimento legal para la alternancia entre trabajo de mañana y trabajo de tarde pues la asignación de horario de mañana no confiere un derecho adquirido indefinido, ya que ello iría contra la naturaleza estatutaria de su relación con el Servicio Canario de la Salud donde prima el interés público."

c) Modificación. Cabe mediante Acuerdo que pone fin a una huelga

El Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977 (RCL 1997, 490), en su artículo 8.2 atribuye al acuerdo que pone fin a la huelga, la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo.

Esta eficacia de convenio se entiende siempre que los términos de lo pactado sean claros y contengan los elementos necesarios para vincular a las partes, conforme lo dispuesto en el art. 1261 del Código Civil.

La **STS de 24 de noviembre de 2001,** I.L. J 2839, aplica esta tesis al acuerdo de 3 de junio de 1999 que pone fin a la Huelga que afectaba a los Auxiliares Administrativos de los Centros docentes de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias. Entiende que el acuerdo es lo suficientemente claro y expresivo, deduciéndose del mismo, la obligación que asume la administración demandada de aumentar la jornada de los auxiliares administrativos que tienen una jornada semanal de 20 horas a 25.

d) Superior a la que marca el Convenio Colectivo

Nuestro ordenamiento contempla la sumisión del contrato a la Ley y al Convenio Colectivo, art. 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, de manera que tradicionalmente se viene afirmando que la Ley y el Convenio Colectivo son suelo y techo de contratación en el ámbito social.

Ello supone, sin lugar a dudas, la imposibilidad de pactar una jornada de trabajo superior a la que se recoge en el ordenamiento jurídico de referencia.

Puede ocurrir, no obstante, que el desajuste entre lo en su día pactado y lo recogido en el ordenamiento jurídico de referencia, sea sobrevenido, al producirse una modificación legal, en cuyo caso, se produce una novación automática del contrato de trabajo para adecuarse a los nuevos mínimos o máximos (según corresponda) legalmente establecidos.

La **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 2845, aplica esta doctrina a un supuesto en el que la jornada pactada inicialmente en el contrato de trabajo, sobrevenidamente, es superior a la que recoge el Convenio Colectivo del Sector. Afirma el tribunal, que la reducción de la jornada de las actoras, no supone un despido, sino adecuación al ordenamiento jurídico vigente.

> "El contrato de las actoras que contenía una jornada de trabajo superior a la máxima que para la semana fijaba el convenio colectivo, debe entenderse novado *ex lege*, y conteniendo una jornada de trabajo no superior a la prevista en el Convenio. Todo ello como límite a la autonomía de la voluntad de las partes, en lo que el contrato de trabajo tiene de normado, fruto de una evolución histórica resultado de la cual el ordenamiento jurídico ha limitado la libre contratación en los términos expresados como básica medida de tutela y protección al trabajador."

B) Tiempo de trabajo

a) Tiempo de presencia. No lo es el destinado a la comida, cena o pernocta siempre que se perciba la dieta correspondiente

La **STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2001,** I.L. J 3264, analiza el contenido del art. 40 del Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera de la Comunidad Autónoma de Madrid, en relación con el art. 8 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, regulador de las relaciones especiales de trabajo.

El RD 1561/1995 recoge como tiempo de presencia, expresamente aquel en el que sin prestar trabajo efectivo, el trabajador se encuentre a disposición del empresario. Enumera entre otros supuestos, las comidas en ruta.

Por su parte, el Convenio Colectivo Autonómico, establece la no consideración de tiempo de trabajo efectivo, las horas de comida o cena siempre que se abone dieta.

Los actores en este procedimiento, solicitan que el tiempo invertido en comida, cena o pernocta se retribuya como tiempo de presencia, al margen del abono de la dieta.

El tribunal desestima su pretensión por la aplicación combinada en ambos preceptos y concluye que, siempre que la comida, cena o pernocta sean retribuidas mediante dieta, no procede considerar este período de tiempo como de presencia.

Esta interpretación es más cercana a la que dispone el Convenio Colectivo que a la que dispone la norma citada, imperativa para ambas partes y que pudiera encubrir una discutible renuncia de derechos.

3. PACTO DE NO CONCURRENCIA

A) No opera por imposibilidad fáctica y jurídica

Dos consideraciones acerca del pacto de no concurrencia aporta la **STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2001,** I.L. J 3334. La primera se refiere a los requisitos de validez de tal pacto, en concreto, la fijación de una compensación económica. La ausencia de este elemento esencial conduce necesariamente a la nulidad del acuerdo. En el supuesto concreto no se fijó la compensación económica en el momento de formalizarse el pacto, sino que se propuso su concreción a la cantidad que se pactase en el momento de la rescisión del contrato o la que se determinase por los servicios de arbitraje laboral. La segunda aportación se basa en un supuesto de imposibilidad operativa del pacto de no concurrencia en una doble perspectiva: fáctica y jurídica. Constituye una imposibilidad fáctica cuando el trabajador, extinguida la relación laboral especial de alta dirección, continúa vinculado a la empresa mediante una relación laboral ordinaria. La imposibilidad jurídica se entiende a partir de la puesta en marcha de otros mecanismos de derecho como la buena fe que impiden actuaciones contrarias a la misma.

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Funciones y movilidad funcional de las auxiliares de enfermería

De una interpretación sistemática de los Estatutos del Personal Sanitario no facultativo al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social y del Personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, la **STSJ de Extremadura de 7 de diciembre de 2001** (recurso 585/2001), I.L. J 3110, concluye que corresponde a las auxiliares de enfermería no sólo recibir los carros de comida en el recinto de acceso a cada planta y distribuirlos hasta las habitaciones de los enfermos sino también su recogida, al no existir pinches de cocina destinados a planta sino para realizar la preparación de las comidas en la cocina.

Las auxiliares de enfermería son personal estatutario que, como recuerda la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2001** (recurso 1831/2001), I.L. J 2939, tienen una relación de servicios de carácter público, colocándose en la situación jurídica definida por la normativa reguladora de la prestación y por ella modificable sin que "pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos existentes al

ingreso, o que se mantenga en la situación que venía disfrutando", no siendo aplicable la normativa propia del Estatuto Laboral.

B) Clasificación profesional de personal sometido al Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración del Estado (BOE de 1 de diciembre de 1998): oficiales administrativos del Ministerio de Defensa y ayudantes de cocina del Ministerio de Educación y Ciencia

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de noviembre de 2001** (recurso 496/2001) I.L. J 2776, juzga incorrecto y discriminatorio el encuadramiento de los oficiales administrativos del Ministerio de Defensa en el Grupo 5 y no en el Grupo 4, desatendiendo los criterios establecidos en los artículos 16 y 17 del Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración del Estado (BOE de 1 de diciembre de 1998), así como las parejas exigencias de titulación y el similar contenido funcional de esta categoría en relación con la de los oficiales 1ª administrativos de otros Ministerios y Organismos encuadrados en dicho Grupo 4. Las meras diferencias nominales de la categoría son insuficientes para justificar un trato dispar.

Por otra parte, el anterior "ayudante de cocina" que desarrolla sus servicios en el ámbito del Ministerio de Educación y Ciencia se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración del Estado (BOE de 1 de diciembre de 1998) a partir de su entrada en vigor. En este Convenio consta la categoría de auxiliar de cocina y comedor siendo por tanto exigible a un trabajador que ingresó en la administración bajo aquella categoría la realización de sus funciones de limpieza del menaje de mesa no sólo a las mesas de cocina sino también de comedor según dicta la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de noviembre de 2001** (recurso 706/2001)I.L. J 2789.

C) Proceso de clasificación profesional: materia e irrecurribilidad de la sentencia

La clasificación profesional es una materia que, como expone la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de octubre de 2001** (recurso 372/2001), I.L. J 2742, comprende cualquier reclamación sobre la adjudicación de categoría profesional, que no se corresponda con la efectivamente desempeñada por el trabajador; o la pertenencia a grupo distinto, con independencia si la discrepancia es originaria, esto es, existente desde el inicio de la relación laboral, y cualquiera que sea el fundamento jurídico de la pretensión de clasificación profesional, "se trate del art. 16.4 o del 23.1 y 2 ET, o de cualquier otra norma jurídica" (FJ 1º).

La **STSJ de Murcia de 26 de noviembre de 2001** (recurso 987/2001), I.L.J 2679, ordena la jurisprudencia sobre la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en esta materia deduciendo los siguientes criterios:

1) La previsión de la LPL que descarta el recurso de suplicación frente a sentencias o autos dictados en los procesos de clasificación profesional es perfectamente lícita;

2) El pleito ulterior en el que se pretende que se fije una determinada fecha de efectos de la clasificación misma está indisolublemente ligado al de clasificación profesional y lo complementa quedando vinculado por idéntica regla de irrecurribilidad;

3) También han de considerarse vinculados e inseparables y en consecuencia irrecurribles los casos en que al proceso de clasificación profesional se acumula la reclamación de diferencias salariales, con independencia de su cuantía;

4) Sólo habrá acceso al recurso cuando se pretenda el mero reconocimiento de diferencias retributivas al amparo del art. 39.4 ET aplicándose las reglas del ordinario, se reclama salario y no una determinada categoría profesional;

5) La existencia de una "afectación masiva" o general desde la óptica subjetiva no abre las puertas de la suplicación frente a las sentencias dictadas en esta materia. La doctrina de la Sala Cuarta del TS sobre este criterio se sintetiza por la **STSJ de La Rioja de 27 de noviembre de 2001** (recurso de queja 7/2001), I.L. J 2687.

Según reiterada doctrina del TS, recordada en la **STSJ de Aragón de 14 de noviembre de 2001** (recurso 198/2001), I.L. J 2635, de esta irrecurribilidad se excluyen los supuestos en los cuales la reclamación de categoría profesional se funda, no en el desempeño de actividades de superior categoría, sino en la interpretación de preceptos legales o convencionales. En cualquier caso, el recurso no puede interesar únicamente la revisión de los hechos que la sentencia declara probados pues, como recuerda la **STSJ de Extremadura de 9 de noviembre de 2001** (recurso 514/2001), I.L. J 2825, esta clase de motivos es meramente instrumental de una denuncia relativa a infracciones sustantivas.

5 MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad funcional de trabajador con contrato de interinidad

La **STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2001** (recurso 2409/2001), I.L. J 2855, defiende en su FJ 2º, recordando la STS de 30 de abril de 1994, que un trabajador interino puede desempeñar funciones distintas de las realizadas por el trabajador sustituido sujetándose como este último a las reglas de la movilidad funcional del art. 39 ET y sin incurrir necesariamente por ello en fraude de Ley.

B) Cambio de puesto de trabajo por motivos de salud y período de prueba

Las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de julio y 15 de octubre de 2001** (recursos 448/2001 y 635/2001), I.L. J 2713 y 2749, reconocen que la falta de superación de un período de prueba por el trabajador trasladado por motivos de salud, respetando todos los requisitos establecidos en el convenio de aplicación, concretamente el I Convenio

Colectivo para el Personal Laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León, permite adjudicar al trabajador un nuevo puesto de trabajo.

C) Trabajadores de salida en expediente de regulación de empleo y consolidación del ascenso de categoría.

La **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001** (recurso 1576/2001), I.L. J 3326, falla la imposibilidad de excluir a los trabajadores que han tomado parte en actividades de formación y percibido los complementos económicos adquiridos como consecuencia del mismo, de la promoción a la categoría superior basándose en su inclusión en el expediente de regulación de empleo como trabajadores de salida. Pronunciamiento que se sostiene superando el obstáculo de un presunto pacto verbal en contrario de dudosa licitud y en atención a que el Plan Social correspondiente prevé el respeto de todas las condiciones económicas y/o sociales más beneficiosas y no excluye la consolidación del ascenso de categoría a efectos de aumentar el salario regulador mensual de su prejubilación.

6. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Traslado a otro centro de médico de cupo especialista

El trabajador venía prestando servicios en el Centro de Especialidades de Calahorra y fue trasladado a la "Fundación Hospital Calahorra", e impugnó tal decisión lo que fue estimado por el juzgado de instancia acordando reponer al mismo en su situación anterior. La **STSJ de La Rioja de 25 de octubre de 2001** (Sala de lo Social), I.L. J 2627, después de analizar que la tradicional denominación Institución Abierta y Cerrada como sinónimo de centro de trabajo a los efectos de determinación de efectivos ha sido superada con reciente fijación de plantillas, estando éstas referidas no ya a una institución concreta, como hasta ahora ocurría, sino a los Centros de Gasto de Atención especializada o de Atención Primaria existentes en cada Dirección Provincial, tal circunstancia determina que al pertenecer el demandante al nivel asistencial de Atención especializada difícilmente puede pretender su vuelta al Centro de Especialidades de Calahorra, ya extinguido, y menos aún al Centro de Salud de la misma localidad, no ya sólo por pertenecer al Centro de Gastos de Atención Primaria, sino porque su actividad es calificable de especialista y en el centro se prestan servicios de Atención Primaria. Por tanto la señalada sentencia acudiendo a lo preceptuado en el art. 87 de la Ley General de Sanidad en cuanto impone que "el personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la organización sanitaria, con respeto de todas las condiciones laborales y económicas dentro del Área de Salud", y la doctrina jurisprudencial que ha interpretado tal precepto (STS de 25 de enero de 1999), en cuanto que la norma concede a la Dirección del Servicio la facultad de realizar traslados por necesidades imperiosas de la organización sanitaria, otorgando poder a las mismas para valorar y apreciar las concurrencias de las mismas. Pero esta presunción de que la Administración se comporta con arreglo a Derecho no la releva de dar a conocer a la interesada las concretas necesidades del traslado. Por tanto concluye la Sala, que al haberse acreditado "las necesidades imperativas" creación de la Fundación Hospital Calahorra "lo que obligó al cese de la actividad del

Centro de Especialidades de Calahorra conlleva el derecho al traslado, y no empece lo anterior el que el art. 43.1 del Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, que aprueba el Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social, al hablar de la 'estabilidad en el desempeño de la plaza' disponga que 'tampoco podrá ser trasladado forzosamente (el personal sanitario) a distinta localidad de la de su destino', toda vez que dicho artículo parece estar referido exclusivamente a los supuestos de expediente disciplinario; y sobre todo porque el mencionado art. 87 de la Ley General de Sanidad de 1986 sí que autoriza los cambios de puestos de trabajo, por necesidades imperativas de la organización sanitaria, dentro del Área de Salud y, además de ser una norma jurídica posterior al Decreto de 1966 –según el art. 2.2 del Código Civil las leyes posteriores derogan a las anteriores– es una Ley mientras que el Estatuto citado es un Decreto (...)".

B) Traslado. Procedimiento de Tutela de derechos fundamentales

Según los hechos probados el trabajador prestando servicios en una entidad Bancaria fue trasladado a otro centro de trabajo como consecuencia de la no aceptación de una prejubilación. El señalado acude al procedimiento de tutela de los derechos fundamentales alegando en su demanda que la decisión empresarial ha infringido el derecho a la igualdad en su vertiente de no discriminación. Sin embargo, la Sala de lo Social en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 2940, señala que tal decisión en base a lo declarado probado no puede ser considerada como infracción del derecho de igualdad o cualquier otro derecho fundamental, distinto será si la decisión puede ser calificada de arbitraria y carente de todo soporte jurídico, extremo que ante el ejercicio de jurisdicción a través de la señalada modalidad procesal la Sala no se pronuncia.

C) Impugnación de traslado geográfico ciudadano marroquí que presta servicios para Agencia "Maghreb Árabe Presse". Incompetencia de jurisdicción

La Sala de lo Social en la **STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3135, ante el conflicto suscitado entre el actor secretario de la Agencia "Maghreb Árabe Presse" en Madrid fue trasladado a Rabat, lo que es impugnado. La Sala parte de la competencia de los Tribunales Españoles pues el actor presta servicios en España, y no obstante examina si se trata de una relación laboral o no, determinando a la luz de la normativa marroquí que la señalada Agencia es una entidad pública, con objetos claramente políticos, y ante el nombramiento conforme a la regulación de tal país que supuso el cargo del actor, concluye que su relación era de naturaleza administrativa y no laboral por lo que declara la incompetencia de jurisdicción confirmando lo resuelto en la instancia.

D) Movilidad. Cobertura temporal de puestos en Renfe. Dietas y destacamento carácter forzoso y perjuicios para su percibo

La **STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2001,** (Sala Social), I.L. J 3136, recogiendo la normativa convencional de la empresa destaca que para percibir las dietas por desplazamiento es necesario acreditar el carácter forzoso del traslado y acreditar los perjuicios

sufridos, y se señala que "al ser la dieta compensación extrasalarial e irregular, ésta sólo se debe en los casos en los que la comida cena, pernocta, por separado o en combinaciones posibles, de acuerdo a la normativa a aplicar, se verifican fuera del domicilio provocando unos gastos inherentes a tales hechos". En el presente supuesto no se dan los señalados presupuestos y por ello no genera derecho a tales.

E) Facultativo interino. Traslado a otro puesto de trabajo por cobertura de su plaza en virtud de concurso de traslado

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de diciembre de 2001,** (Sala Social), I.L. J 3251, analiza el traslado realizado a un facultativo interino y aplicando el art. 87.2 de la Ley General de la Sanidad, en cuanto dispone que "el personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la organización sanitaria, con respeto a las condiciones laborales y económicas dentro del Área de Salud", y proyectándolo sobre los hechos probados, donde en nada aparece condiciones laborales percepciones distintas con anterioridad respecto a la actualidad, concluye en la desestimación del recurso.

F) Traslado de trabajador de Renfe en virtud de acuerdo con la empresa. Indemnización por vivienda

La cuestión examinada por la sentencia de la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 14 de septiembre de 2001,** (Sala Social), I.L. J 3390, es la correspondiente al derecho o no a mantener la indemnización por vivienda de trabajador de Renfe trasladado como consecuencia del traslado de la actividad a otra localidad y que por ello el trabajador y otros acordaron el acoplamiento voluntario en otra localidad y en otra categoría profesional. Pues bien, después de analizar los artículos 336 y 367 de la Normativa Laboral de Renfe, en cuanto a la obligación de proporcionar vivienda y si no lo puede llevar a cabo indemnizar en determinadas cantidades, la señalada sentencia parte de que el trabajador, quien venía percibiendo en su anterior destino la indemnización por vivienda, y como consecuencia del traslado pactado altera su categoría profesional y como quiera que ésta no conlleva indemnización por vivienda ni derecho a que se le proporcione, ello supone el no derecho. Pues, como refiere, "el acoplamiento se efectúa en categoría de inferior nivel salarial, el trabajador conservará el sueldo más la antigüedad establecido en las tablas salariales vigentes para el nivel de la categoría precedente (...) pero no está obligada a mantenerle un complemento de puesto de trabajo", cual es la indemnización por vivienda que venía percibiendo. Por tanto la sentencia lleva a cabo una identificación de tal indemnización con un complemento de puesto de trabajo y por tal desestima el planteamiento del trabajador confirmando lo resuelto en el Juzgado.

7. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Trabajo en sábado. Rescisión del contrato de trabajo al amparo del artículo 41.3 ET

La Sala de lo Social en la **STSJ de Asturias de 9 de septiembre de 2001,** I.L. J 2670, examina el supuesto de trabajadora que ante el cambio de jornada constituida por trabajar los

sábados y por tal librar domingos y lunes a la mañana, decide rescindir su contrato de trabajo al amparo del art. 41.3 ET, a lo que la empresa anula la decisión de modificación de la jornada y por tal no acepta la extinción. La sentencia que se examina nada refiere a los efectos de la revocación y si ésta procede o no (señala falta de prueba de la justificación de la decisión empresarial), limitándose al planteamiento de si el imponer al trabajador una jornada en sábado por la tarde implica un perjuicio y al margen de lo razonable en el ámbito de una peluquería de señoras, lo que efectivamente supone una modificación sustancial.

B) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Rescisión trabajador indemnización por perjuicio del trabajador

La trabajadora sufrió una alteración del horario como consecuencia de pasar de una jornada de 18,45 a 16,45 al horario de 10,30 a 18,30; dicha trabajadora con residencia en Barcelona se desplazaba a Sitges, teniendo dos hijos de 14 y 9 años, por lo que reclama la indemnización prevista en el art. 41.3 ET, lo que es estimado por el Juzgado de lo Social. La Sala de lo Social en **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3069, recogiendo la doctrina jurisprudencial (SSTS de 18 de marzo y 19 de julio de 1996) la cual destaca que la extinción a instancia del trabajador al amparo del art. 41.3 ET en relación con los apartados a), b) y c) se halla condicionada a la existencia de unos perjuicios cuya prueba corresponde al afectado por la medida empresarial, perjuicio que ha entenderse como genérico (STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2000) y menos intenso que el previsto para la resolución indemnizada del contrato como si de despido improcedente se tratara. La Sala entiende ante los hechos (al margen de revisar por "novedoso" al no estar integrado en la demanda elementos sobre la vida personal atención al cuidado del padre de 82 años) que se vio afectada por la modificación horaria al regresar al domicilio mucho más tarde ante la distinta combinación de transporte público y la afectación del plus de lesividad por los perjuicios en su relaciones paterno-filiales (cuidado y educación de los hijos) concluye en la existencia del perjuicio para el derecho a la rescisión con la indemnización tasada legalmente.

C) Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Cambio de horario para la entrada y salida. Fusión de empresas que supone dos centros de trabajo, unificación de horario. Modificación justificada

La **STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2001** (Sala Social), I.L. J 3226, analiza el supuesto de la modificación de entrada y salida en un centro de trabajo y ello para adecuarlo al horario del otro centro de trabajo de la que la empresa es ahora titular por fusión de las empresas. La Sala parte de la consideración de la existencia de una modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo, en cuanto implica una variación especialmente importante de las horas de entrada y salida del puesto de trabajo, pues ello supone una variación de hábitos en los trabajadores. Sin embargo, la sentencia comentada llega a la conclusión de que la medida se encuentra justificada pues valorando la descoordinación horaria entre los dos centros la medida "supone mayor facilidad para la coordinación de esfuerzos, atención a clientes y relaciones entre ambos centros en todos aquellos aspectos principales y secundarios que se derivan de toda logística empresarial",

y es que parte de ser suficiente que la modificación contribuya a mejorar la situación de la empresa en el mercado para que la medida esté justificada, ello independientemente del balance económico.

8. EXCEDENCIAS

A) Excedencia autoconcedida: despido procedente

La **STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2001,** I.L. J 2807, analiza el supuesto de trabajador que solicita y le es denegada la excedencia voluntaria por su empresa, no obstante lo cual, deja de asistir a su puesto de trabajo sin aviso ni justificación, siendo despedido de la empresa, despido que es declarado procedente por cuanto "lo que no es factible es que acuda (el trabajador) a la vía de hecho de autotutela del propio derecho, y adopte unilateralmente la decisión de autoconcederse dicha situación de excedencia voluntaria".

B) Excedencia voluntaria: plazo para la solicitud de reingreso

La **STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2001,** I.L. J 2638, analiza la cuestión referente al plazo de tiempo con el que debe realizarse la solicitud de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria, plazo que con carácter general es de un mes de antelación al término de la excedencia, conforme establece el artículo 95.3 del Estatuto de los Trabajadores.

C) Excedencia voluntaria. Indemnización de daños y perjuicios por no reincorporación

La **STSJ de Asturias de 14 de diciembre de 2001,** I.L. J 3208, señala que frente a la negativa empresarial al reingreso caben dos vías, alternativas y no optativas. De una parte, el proceso de despido, cuando la negativa pone de manifiesto la voluntad inequívoca de tener por extinguido el vínculo laboral hasta entonces en suspenso y, de otra, el proceso ordinario, cuando la negativa denota simple desconocimiento del derecho, pero sin negar la persistencia de la relación laboral, supuesto en el que el éxito de la pretensión determina el reconocimiento del derecho al reingreso, con condena, caso de ser pedida, a resarcir los perjuicios sufridos, normalmente equivalentes a los salarios dejados de percibir.

D) Excedencia por cuidado de familiares: duración

La **STSJ de Cantabria de 28 de noviembre de 2001,** I.L. J 3289, analiza un supuesto en el que un trabajador solicita y obtiene excedencia para cuidado de su padre por motivo de enfermedad, excedencia que es concedida por plazo de un año. El fallecimiento del familiar se produce escaso tiempo después de iniciarse el período de excedencia, pese a lo cual el trabajador no solicita la reincorporación sino hasta el transcurso del plazo de un año, entendiendo la empresa que se había producido un supuesto de baja voluntaria. La sentencia concluye que el trabajador obró en la creencia de que la excedencia se prolongaba por el plazo de un año, dado que la excedencia concedida carece de plazo, por lo que ha de concluirse que se ha producido un despido improcedente.

E) Extinción de contratos de excedentes voluntarios como consecuencia de expediente de regulación de empleo

En la **STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2001,** I.L. J 3302, la Sala sienta la doctrina según la cual, producida la extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no puede alegarse la existencia de vacantes que permita el reingreso desde la situación de excedencia voluntaria, dado que la reducción de plantilla ha de entenderse que afecta a los puestos de trabajo vacantes por encontrarse sus titulares en situación de excedencia.

F) Reingreso del personal estatutario. Normativa aplicable

Las **STS de 3 de diciembre de 2001,** (u.d.), I.L. J 3368, confirman el criterio de la sentencia recurrida, conforme al cual el reingreso del personal estatutario se debe regir por lo dispuesto en la Ley 13/1996, esto es, dicho reingreso sólo es posible dentro del mismo Área de Salud. Tal conclusión no supone una aplicación retroactiva de la norma, por cuanto el derecho a la readmisión no puede estimarse nacido en el hecho de haber solicitado la excedencia, sino en el hecho de haber realizado la petición de reingreso, por cuanto la normativa anterior, solamente reconocía una expectativa de derecho que no está protegida por el principio de irretroactividad.

G) Prescripción de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios por retraso en reincorporación, tras período en excedencia voluntaria

La **STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2001,** I.L. J 3311, señala como principio general que la reincorporación tardía del trabajador excedente da lugar a una indemnización de daños y perjuicios, fijándose su cuantía en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento de la empresa, desde la conciliación o reclamación administrativa previas a la reclamación judicial, desde esta última si por una u otra razón se ha interpuesto antes, o –según la más reciente Sentencia del mismo Tribunal de 30 de junio de 2000– desde que insta la readmisión; correspondiendo, en cualquier caso, al trabajador acreditar unos daños y perjuicios superiores y al empresario la justificación de los hechos impeditivos de las indemnizaciones reclamadas.

Sentado lo anterior, la sentencia recoge la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1999, y afirma que "(…) la acción de daños y perjuicios sólo puede ejercitarse o bien cuando se ha declarado lo ilícito que los causa o conjuntamente con la acción que solicita dicha declaración".

La Sentencia concluye afirmando "Convengamos, que, en el presente caso, el *dies a quo* para instar la indemnización que ahora se pretende coincide con el de la fecha en la que por parte del propio ICS se reconoce la 'ilicitud' de su conducta (18 de noviembre de 1997), pero convengamos también que tal 'reconocimiento' (*ex* art. 1973 CC) no alcanza a unos perjuicios inasumidos por quien limita sus efectos al abono del salario a percibir tras hacerse efectivo el reingreso; 'perjuicios' que la actora –con amparo en el títu-

lo así constituido– reclama agotado el término a que alude la norma sustantiva laboral cuya infracción se denuncia, pues si bien es cierto que entre aquella inicial fecha de 18 de noviembre de 1997 y la primera reclamación de 23 de febrero de 1998 no había transcurrido el plazo de un año, entre esta última y la reclamación administrativa previa (a la demanda judicial que deduce la acción resarcitoria) –30 de abril de 1999–, sí transcurrió en exceso aquel perentorio plazo debiendo, por ello –desde la perspectiva de la naturaleza extraordinaria del recurso de que se trata y en aplicación de los artículos 59 del Estatuto de los Trabajadores y 1968.2 y 1973 CC– considerarse su inacogida prescripción (al tratarse de una excepción fundamentada tanto en el 'abandono de la acción por el interesado' como en la 'exigencia del principio de seguridad jurídica' –SSTS de 6 de julio de 1999 y 18 de enero, 8 de febrero y 16 de junio de 2000–)."

Jesús R. Mercader Uguina
César Tolosa Tribiño
Ana María Badiola Sánchez
David Lantarón Barquín
Fernando Breñosa Álvarez de Miranda
Ana Belén Muñoz Ruiz
Montserrat Ruiz Cuesta

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido. A) Causas de extinción contractual. B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas. **3. El despido disciplinario.** A) Las causas que lo motivan. B) La forma del despido. C) El despido tácito. **4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. B) La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET. C) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido: La caducidad de la acción. 6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) Readmisión. b) La indemnización: cuantía y cálculo. c) Salarios de tramitación. d) Otras consecuencias de la improcedencia del despido. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en los números 13 a 16 del año 2002 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 2627 a 3406).

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, atinentes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de atención –con mayor o menor profusión o intensidad– en la

doctrina judicial. Se abordan después los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo es el "*mutuo acuerdo de las partes*" [art. 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado **"finiquito".** La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de octubre de 2001,** I.L. J 2748 (recurso 657/2001) analiza el alcance del valor liberatorio de éste acudiendo a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo; entre otras, en la Sentencia de 24 de julio de 2000 (r.c.u.d. 2520/1999) que determina que "el alcance y valor del finiquito viene determinado por el examen conjunto del texto literal por el que se manifiesta y por los elementos y condiciones específicos del contrato que se finiquita". La sentencia parte de que:

> "El finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio –deducible, en principio, de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante– viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo –mutuo acuerdo, o en su caso transacción– en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de ese examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (art. 1261 CC), ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros. Esta dependencia al caso concreto puede originar sentencias en las que, de manera general, no se niega el carácter liberatorio del finiquito, sino que se excluye su eficacia liberatoria, sea porque el documento no exterioriza inequívocamente una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes, como en el supuesto (STS de 13 de octubre de 1986) (...) sea porque la causa era ilícita, como en el supuesto de trabajador temporal sucesivo, sin causa que ampare la temporalidad, y que dio por finiquitado su contrato temporal cuando ya era indefinido (STS de 14 de junio de 1990); sea porque el objeto tomado como base no se ajustaba o no se podía ajustar a la realidad, como sucede en el supuesto hoy litigioso, y pudiera acaecer en aquellos otros en que con fecha posterior a la firma del finiquito, pero con efecto retroactivo a tal momento, se fijaran incrementos Salariales por Convenios Colectivos, que, por lo tanto, eran desconocidos cuando se otorgó aquel documento."

La **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3314, no concede valor liberatorio al documento de finiquito aportado por la empresa, al considerar viciado por dolo del empresario el consentimiento del trabajador, que firmó dicho documento ignorando que se trataba de un recibo de saldo y finiquito. Llega a esta conclusión después de tener

en cuenta las diversas circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, a saber: 1) el documento es firmado el día 28 de diciembre de 2000 junto con el recibo de nómina y pese a ello se encuentra fechado el anterior día 21; sin que conste probado en modo alguno que el empresario hubiese hecho pago al trabajador de las cantidades reflejadas en el mismo; o que éste hubiese manifestado previamente su voluntad de causar baja en la empresa; 2) el siguiente día 29 el trabajador se persona en el centro de trabajo y no se le permite entrar en la empresa, e inmediatamente el 4 de enero remite un burofax reclamando la readmisión; 3) la empresa ofrece finalmente en fecha 26 de enero la readmisión (...)" Señala la Sala:

> "es obvio que se ha producido una de las dos siguientes circunstancias: a) o bien el trabajador firmó en su momento voluntaria y libremente el documento de saldo y finiquito, y posteriormente cambia de opinión e intenta conseguir de mala fe que la extinción de la relación laboral se convierta en un despido improcedente indemnizado; b) o por el contrario, la empresa efectivamente consigue mediante engaño que el actor estampe su firma en aquel documento para dar la apariencia de que causa baja y evitar de esta forma el pago de la indemnización correspondiente al despido improcedente,"

Considerándose tanto en primera Instancia como en Suplicación que se ha producido la segunda de las situaciones, motivo por el que se niega al finiquito tal valor liberatorio.

A la extinción del contrato por **causas consignadas válidamente en el contrato** [art. 49.1. b) ET] se refieren diversas resoluciones. Concretamente, analizan la cláusula del **periodo de prueba:**

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2664 (recurso 1987/2001) que declara la improcedencia del despido producido durante el período de prueba de treinta días ya que la duración pactada en el mismo atenta contra el principio de igualdad al superar la fijada para el personal fijo (15 días).

> "En tal sentido, por tanto, debe reputarse válido el precepto de convenio (...) que establece que el período de prueba no podrá exceder de un mes para los jefes de Grupo profesional y de quince días para el resto del personal. El problema se plantea porque el citado precepto limita tal regulación del período de prueba a los trabajadores (...) tal cuestión ha de resolverse a favor de las tesis sustentadas en el recurso, (...) ya que si bien el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14.1 de la CE, despliega una menor eficacia en el ámbito de las relaciones entre particulares, como consecuencia de regir en ellas el principio de la autonomía de la voluntad, lo que no resulta admisible (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de dos mil, y las que en ella se citan) es el establecimiento de tratos desiguales carentes de toda razón objetiva, cuando los supuestos examinados son iguales sustancialmente."

– La **STS de 24 de diciembre de 2001,** (Sala cuarta), I.L. J 2903 (recurso 1901/2001) analiza, unificando doctrina, la extinción durante el período de prueba y de adaptación de un contrato de una trabajadora minusválida, en el que no ha existido dictamen del equipo multidisciplinar. Confirma el Alto Tribunal la Sentencia del Tribunal Superior de

Justicia que declaraba la improcedencia del despido. Para ello la Sala se centra en interpretar el art. 10.2 del Real Decreto 1368/1985, en el sentido de que el período de adaptación, que equivale al período de prueba, que en esta norma se regula, exige para su validez que el correspondiente Equipo Multiprofesional haya determinado la necesidad y condiciones de dicho período en relación con las características del minusválido contratado. Por ello, al considerar que tal determinación del Equipo Multiprofesional es requisito necesario para la validez del establecimiento de ese período, cuando la misma no se produce, la más dilatada duración que ese art. 10.2 del Real Decreto 1368/1985 permite, no puede tener ningún valor ni operatividad, aunque se hubiese estipulado esa larga duración en el contrato de trabajo del minusválido; debiéndose atenerse en tal caso, exclusivamente, al mandato del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores respecto al período de prueba. "El período de ocupación o de prueba sólo podrá tener una duración superior a la señalada en el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, cuando el equipo Multiprofesional correspondiente lo haya admitido así, declarando la necesidad de que el minusválido pase por ese período de adaptación o prueba y las condiciones de éste (...)"

Respecto a los equipos multiprofesionales el Tribunal Supremo efectúa las siguientes consideraciones: 1) La regulación de la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en centros especiales de empleo (RD 1368/1985) otorga una notable importancia a la intervención y actuación de los Equipos Multiprofesionales mencionados, hasta el punto de que tal intervención se configura como una pieza clave de tal regulación, la cual difícilmente puede ser aplicada si se prescinde de tales equipos, o de los organismos que legalmente los sustituyan. Así la ponen en evidencia los arts. 2.1, 4 (números 1 y 2), 5, 6.2, 7.2, 10.2, 11,12 [apartados a y c)], 14.2, 15 y 16.2 de dicho Decreto, pues de los mandatos que los mismos contienen se hace patente la indiscutible importancia y extensión de la labor de control y determinación de condiciones que tales Equipos han de efectuar en relación con todos estos especiales contratos de trabajo (...) De todo esto se infiere que en los contratos en que se concierte esta relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos no puede prescindirse de la actuación de los Equipos Multiprofesionales o del organismo que haga sus veces, ya que tal actuación es necesaria en relación con muchos aspectos y elementos de tales contratos (...) 2) cierto que, (...) no se ha dictado norma alguna regulando la constitución y funcionamiento de esos Equipos Multiprofesionales. Pero es indiscutible que la exigencia de la intervención de los mismos en los contratos de que tratamos, sigue totalmente en vigor y con plena operatividad, como lo demuestra con toda nitidez el hecho que en la reciente reforma normativa de esta figura, llevada a cabo por el Real Decreto 427/1999, de 12 de marzo, se mantiene esa intervención con la misma fuerza e intensidad que en el Decreto originario (...) No puede olvidarse que la Disposición Transitoria del citado Real Decreto 1368/1985 establece que "en tanto se regule la constitución y funcionamiento de los Equipos Multiprofesionales, serán las Unidades de Valoración las que asuman las funciones que en este Real Decreto se encomiendan a ellos". Es verdad que las viejas Unidades de Valoración Médica de Incapacidades han desaparecido, en virtud de lo establecido en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio. Pero no es menos cierto que esta norma, en sus arts. 2 y 3, fundamentalmente, creó los Equipos de Valoración de

Incapacidades, que tienen unas funciones similares a las de aquellas Unidades de Valoración Médica, pudiéndose afirmar incluso que sus funciones y facultades, y también su composición, son más completas y adecuadas que las de estas Unidades, en relación con la labor de intervención y control prevista en el Real Decreto 1368/1985 (...)"

– La **STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2001,** I.L. J 3132 (recurso 4995/2001) declara la improcedencia de la extinción por haber trascurrido el período de prueba, ya que "la duración máxima era la de quince días y no la de un mes que se había pactado", "por tanto la extinción de contrato de trabajo por no haber superado el trabajador el período de prueba, una vez transcurrido éste, debe calificarse como un despido improcedente con las medidas legales inherentes a dicha calificación".

– La **STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2001,** I.L. J 3338, declara la nulidad del despido practicado durante el período de prueba de una trabajadora que "unos días antes había comunicado a la administradora de la sociedad demandada que se había quedado embarazada" ya que, como se señala en la sentencia, "el uso de la facultad rescisoria no puede hacerse valer en contra de un Derecho Fundamental; no cabe pues considerar la facultad de desistimiento como absoluta, pues su ejercicio no está amparado por motivación torpe o fraudulenta".

– La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3246 (recurso 822/2001) sostiene la válida extinción del contrato durante el período de prueba negando que concurra indicio alguno que justifique la nulidad del despido.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3246 (recurso 822/2001) declara la válida *extinción de un contrato de interinidad* al finalizar la causa que dio lugar a la sustitución "es decir al pedirse la excedencia la trabajadora sustituida y finalizar, en consecuencia la reducción de jornada concedida".

La **STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2001,** I.L. J 3339, revoca la sentencia del Juzgado de lo Social y declara la *inexistencia de despido,* en la relación laboral con un Ayuntamiento, por la cobertura reglamentaria de la plaza.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de septiembre de 2001,** I.L. J 3385 (recurso 892/2001) analiza la cláusula de un contrato de trabajo formalizado con un Ayuntamiento que condiciona su duración hasta que tal plaza sea cubierta mediante el procedimiento selectivo a seguir. Declara *la válida extinción y no el despido* porque para la Sala "la tardanza en cubrir la vacante, no convierte la relación laboral temporal en indefinida (...), ya que, no constituye fraude de ley".

La extinción del contrato por *expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato* [art. 49.1.c) ET] se analiza en la **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3324 (recurso 2226/2001), que niega la existencia de despido, declarando en su lugar el cese del contrato por obra o servicio para la realización de la "Encuesta de Indicadores de Costes Laborales prevista en el Plan de Actuación del Instituto Nacional de Estadística para el año 2000". Razona que "la prestación del objeto del contrato (...) era

con toda propiedad un servicio determinado, que no cabe confundir o identificar con el requerido por la ejecución del nuevo plan estadístico y que no concluyó exactamente en la fecha en que el nuevo plan entró en vigor, sino en la posterior al tiempo necesario para completar la elaboración de las encuestas realizadas hasta dicho día".

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de octubre de 2001,** I.L. J 2751 (recurso 665/2001) desestima la existencia de despido y declara la *válida extinción de la relación laboral de un trabajador con una ETT,* consistente en la realización de obra o servicio determinado en la empresa usuaria durante tiempo incierto, "consistente en embotellar, trasiego de barricas y limpieza de depósitos" al haber finalizado la obra.

La **STSJ de Cantabria de 8 de noviembre de 2001,** I.L. J 2782 (recurso 852/2001) analiza un supuesto *de extinción de contrato de obra o servicio,* una vez concluida la obra, encontrándose el trabajador a fecha de finalización de obra en situación de incapacidad temporal. La empresa envió comunicación escrita al trabajador de la finalización de la obra estando éste en situación de incapacidad temporal, con lo que el trabajador desde fecha anterior a la finalización de la obra no prestó servicios a la empresa. Para la Sala:

> "la ausencia de denuncia escrita en su momento oportuno, si el cese se ha adecuado a las causas de extinción previstas, debe de carecer de consecuencias sobre el contrato de trabajo, pudiendo demostrar el empresario que la causa de temporalidad se había cumplido; incidiendo en lo dicho se ha advertido que la denuncia sólo debe considerarse como necesaria cuando continúe la prestación de servicios, de forma tal que si el contrato está suspendido, por ejemplo, por incapacidad temporal del trabajador, como ocurre en el caso que nos ocupa, a la llegada del término fijado, lo que se presume es la extinción, y no la prórroga o la conversión en indefinido, STSJ de Galicia de 2 de febrero de 1995, STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 1989, referida precisamente al supuesto de ILT, las del TSJ de Castilla y León de 3 de septiembre de 1992 y las en ella citadas del TSJ de Madrid de 22 de diciembre de 1989 y TSJ de Málaga de 5 de junio de 1991, aunque se refieran a supuestos en los que no había prestación efectiva de servicios por otras causas; por lo tanto debe entenderse que la prórroga tácita y automática del contrato exige la concurrencia del requisito de que se continúe realizando la prestación laboral, circunstancia que no se da en el supuesto de autos, pues al encontrarse el actor en ILT tiene suspendido su contrato de trabajo, sin que opere por consiguiente la automaticidad antes referida, antes al contrario, en dicha situación, hay que entender que el contrato se extingue llegado a su término".

La **STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 2937 (recurso 4779/2001) falla a favor de la *extinción y no* del *despido* de un contrato de representación comercial de duración determinada, con motivo del cumplimiento del término. Para la Sala, que el trabajador se encontrase en situación de incapacidad temporal, no implica una ampliación de la duración del contrato, salvo pacto en contrario. "La suspensión de los contratos de duración determinada en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario (...) siendo una regla general para cualquier tipo de contrato temporal."

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 11 de octubre de 2001,** I.L. J 3399 (recurso 1163/2001) analiza la figura del contrato fijo-discontinuo. Niega que exista despido ya que éste "sólo surge cuando éstos son cesados en períodos de actividad o cuando no son llamados al reinicio de la misma". Para la Sala, haber trabajado ininterrumpidamente durante 17 meses no desnaturaliza el carácter de trabajadora fija discontinua.

La *dimisión del trabajador* prevista como causa de extinción del contrato de trabajo [art. 49.1.d) ET] se analiza en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de noviembre de 2001,** I.L. J 2665 (recurso 2000/2001) que niega la posibilidad de inferir la voluntad de la trabajadora de la extinción de la relación laboral. La Sala revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido. Analiza un supuesto en que la trabajadora recibe la notificación de una sanción de suspensión de empleo y sueldo de treinta días el mismo día en que pasó a situación de incapacidad temporal. Una vez finalizada la incapacidad temporal y estando pendiente de resolución la impugnación judicial de la sanción, comenzó a cumplir tal sanción. La empresa basó la extinción del contrato por desistimiento en el retraso de siete días naturales en la reincorporación al trabajo, por no haberse reincorporado a partir de la sentencia que dejó sin efecto la sanción. No obstante en el fallo de la sentencia influye, a juicio de la Sala, tanto la falta de firmeza de la sentencia como la falta de requerimiento por la empresa para la reincorporación al trabajo en caso de haber decidido asumir la sentencia y no formular recurso alguno contra la misma.

La Sala haciendo suyo el criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de marzo de 2001 señala que:

> "la actora recibe comunicación de la sentencia el dos de mayo y hasta la comunicación de la empresa transcurren 7 días naturales,(...) Si a ese breve plazo añadimos que existía un pleito pendiente difícilmente puede inferirse la voluntad de la actora de extinguir el contrato de trabajo. A lo expuesto debemos añadir que la sentencia de fecha 26 de abril de 2001 revoca la sanción por falta muy grave y establece que contra la misma cabe recurso de suplicación. Expuesto esto la firmeza de la sentencia queda diferida al transcurso de cinco días desde la notificación. En autos no consta cuándo se notificó a la empresa y cuándo la sentencia es firme. Pero es evidente que si la empresa asumió la sentencia y no la recurrió debió comunicar a la actora dicha circunstancia, para que procediese a reincorporarse sin esperar a la firmeza de la sentencia. De otra forma se estaría sorprendiendo la buena fe de la actora. Sentada la ausencia de desistimiento, debemos analizar si estamos ante un despido improcedente, y desde luego el telegrama no reúne los requisitos mínimos que posibiliten la defensa. Aun admitiendo que la carta que se envió cumpliese con los requisitos legales mínimos y que la misma no se recepcionó por causa inimputables a la actora, cosa difícil pues bien pudo la empresa subsanar el defecto de recepción cuando incluso hubo un acto de conciliación al que no compareció, la conclusión no sería la de despido procedente. Dicha conclusión no puede obtenerse porque como ya hemos dicho a falta de requerimiento empresarial de reincorporación antes de transcurrir el plazo de recurso, por no tener intención de recurrir, no queda acreditada la fecha de la firmeza por haber transcurrido el plazo para recurrir con lo que no puede saberse si han transcurrido los días exigidos por el convenio para estar ante una falta muy grave".

La **STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3139 (recurso 4853/2001) declara la improcedencia del despido por "no haber quedado acreditado el desistimiento voluntario del trabajador". Por el contrario sí queda acreditada la *voluntad de la empresa de extinguir* la relación laboral "ya que un día antes del despido (...) la empleadora comunica telefónicamente a D.M.B. que el puesto del actor iba a quedar libre, por lo que debía incorporarse (...) para sustituirle".

Niega la existencia de intimidación y declara el desistimiento unilateral del trabajador la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de julio de 2001,** I.L. J 2716 (recurso 462/2001). Según la Sala, "no puede calificarse como constitutiva de intimidación la conducta de la empresa, hoy recurrida, que permitió a los trabajadores recurrentes optar entre pedir la baja voluntaria o ser despedidos, limitándose a advertirles que en este último caso les denunciaría por malos tratos físicos y psíquicos a los menores acogidos en el centro donde prestaban sus servicios". La empresa, con su actitud se limita a "advertir que va a ejercitar una legítima acción ante los Tribunales, lo cual no constituye una intimidación, pues nada se oponía a que los trabajadores se hubieran negado a firmar la baja voluntaria y, caso de que la empresa las hubiera denunciado, defenderse de las acusaciones que en su contra se formularan".

Abunda, aún más si cabe, en la motivación del fallo señalando que "por otra parte, no consta dato alguno que permita apreciar la concurrencia de algún factor de especial vulnerabilidad en las hoy recurrentes, como pudiera ser su escasa experiencia profesional (llevaban más de dos años trabajando) su edad (tenían respectivamente treinta años D. Sara C. y 29 años D. Sonia O.M.) o sus circunstancias (ambas eran instructoras), por lo que no se aprecia la concurrencia de intimidación".

En similares términos se pronuncia la **STSJ de Valencia de 26 de julio de 2001,** I.L. J 2993 (recurso 1866/2001) respecto de una empleada de comercio textil. Habiéndose denunciado la sustracción de dinero y otros enseres de las taquillas, la empresa pone un cebo (tomando nota de la numeración de unos billetes dejados en una cartera en la taquilla). La trabajadora es descubierta con los referidos billetes, y por la coordinadora de zona se le expone a ésta la posibilidad de optar por la baja voluntaria o por la denuncia de los hechos ante la comisaría de policía. En opinión de la Sala no existe vicio de voluntad en la trabajadora que determine la invalidez del cese voluntario, y niega la intimidación, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 8 de junio de 1988), según la cual, para su apreciación "ésta exige que se produzca la amenaza de un daño inminente y grave; que esa amenaza, valorando las circunstancias concurrentes sea susceptible de determinar la declaración de voluntad, y que revista un carácter antijurídico", exigencias estas, que (...) condujeron al mismo a "excluir tal vicio de la voluntad al considerar que de la advertencia empresarial, limitada a anunciar el ejercicio de una facultad disciplinaria que le atribuía el ordenamiento jurídico con una finalidad vinculada a obtener el mismo resultado que se hubiera producido de apreciarse la procedencia del despido, no se desprende un daño grave e inminente para el trabajador, siendo así que éste pudo razonablemente rechazar la baja voluntaria, utilizando frente al despido los medios legales de

defensa que le corresponden, y si optó por aquélla, tal decisión no es atribuible, a una voluntad viciada por la intimidación; conclusión esta, en la que la Sala valoró no sólo la entidad de la conducta empresarial, sino igualmente la actitud del trabajador, y en concreto los actos posteriores de éste consistentes en la reclamación por despido y en una denuncia ante el Juzgado de Guardia, considerando que los mismos no evidenciaban la existencia de un vicio del consentimiento, sino, en todo caso, una retractación que no anulaba los efectos que se derivan de la declaración inicialmente realizada. Resoluciones semejantes del Alto tribunal, se contienen en sus Sentencias de 6 de noviembre de 1985,2 de marzo de 1987 y 19 de abril y 1 y 18 de julio de 1988":

> "(...) La doctrina jurisprudencial viene exigiendo el cumplimiento de un doble requisito para poder apreciar la existencia de intimidación: a) una actitud o comportamiento tendente a inspirar el temor de sufrir un daño, distinto al legítimo ejercicio de un derecho que pudiere perjudicar a la contraparte, y b) que las circunstancias de edad y condiciones personales del sujeto, permitan afirmar que este temor es racional y fundado y, a la vez, suficientemente grave como para doblegar su voluntad, de manera tal que en caso de no concurrir ambos no podrá afirmarse que la conducta de la empresa haya tenido la relevancia suficiente como para anular el consentimiento de la trabajadora. En el caso presente, sólo cabe dar la misma solución que para supuestos similares vienen dando este y otros Tribunales Superiores de Justicia, de forma que tal actuación no puede ser considerada sino como una facultad de la empresa, frente a la cual la trabajadora podía ejercitar todas las posibilidades legales de defensa que se le reconocen en las leyes, como ha ocurrido en el presente caso, al haberse instruido un proceso penal con sentencia condenatoria a la actora por las apropiaciones indebidas de dinero, Sentencia 137/2001, de 21 de mayo."

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de septiembre de 2001,** I.L. J 2724 (recurso 566/2001) desestima la demanda de despido, en un presunto *despido verbal* que es negado por el empresario. Y ello porque según constante criterio jurisprudencial, "es al trabajador al que le incumbe acreditar el hecho del despido verbal (SSTS de 26 de julio de 1988 y 7 de diciembre de 1989)".

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos

a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido se observan diversas resoluciones que analizan la *naturaleza jurídica de la relación de trabajo,* valorando en su caso los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. La **STSJ de Cantabria de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2788 (recurso 894/2001) analiza la relación laboral especial de los *penados en instituciones penitenciarias.* Niega, conforme a una reiterada jurisprudencia la existencia de despidos en esta modalidad especial de relación de trabajo, dado que el despido disciplinario es una institución ajena a la relación especial de los penados en establecimientos penitenciarios.

"La cuestión de fondo relativa a si un penado que trabaja en un establecimiento penitenciario y que es cesado en la prestación de sus servicios por parte del organismo encargado del control de dicha prestación cual es la Junta de Tratamiento, puede ser considerado despedido, o lo que es igual, si en la relación especial de trabajos penitenciarios puede hablarse de despido a los efectos en que tal institución es regulada en los arts. 54 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, ha sido analizada y resuelta en unificación de doctrina, por el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 5 de mayo, 25 de septiembre y 30 de octubre de 2000, en las que se ha optado por entender que, "la figura del despido disciplinario no tiene cabida en esta relación especial, dada la naturaleza especial de la relación laboral que une a los internos en establecimientos penitenciarios, reconocida con tal carácter por el art. 2.c) del Estatuto de los Trabajadores, derivada de la realidad de que el trabajo en dichos centros no tiene por objeto único la prestación de un servicio remunerado por cuenta ajena cual ocurre con la relación laboral común regulada en el Estatuto de los Trabajadores, sino que constituye un elemento fundamental del tratamiento penitenciario y tiene, además, la finalidad de preparar a los internos para su acceso al mercado laboral cuando alcancen la libertad, como expresamente se explicita en el art. 132 del Reglamento Penitenciario. En las aludidas sentencias se entiende que la normativa aplicable a dicha relación será la contenida en dicho Reglamento Penitenciario, así, su art. 134.4 dispone textualmente que 'la relación laboral especial penitenciaria se regula por lo dispuesto en este Reglamento y sus normas de desarrollo. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa desde este Reglamento o la normativa de desarrollo'. En relación con el despido, el Reglamento Penitenciario no contiene, como dice la STS de 5 de mayo de 2000 citada, ninguna remisión expresa a la normativa del Estatuto de los Trabajadores reguladora del despido (artículos 54 y siguientes). Siendo claro que el envío a la Ley de Procedimiento Laboral que se contiene en el trascrito artículo 134.5 no puede contradecir el núm. 4 del mismo precepto pues una interpretación racional del núm. 5 conduce a considerar que se está refiriendo a cuestiones litigiosas de carácter sustantivo que previamente hayan sido acotadas por las previsiones directas o por reenvío del Reglamento Penitenciario."

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3346 (recurso 2277/2001) desestima la demanda por *falta de acción del trabajador,* en un supuesto en el que no se acredita "trabajo sujeto a jornada, horario o rendimiento, esa subordinación característica del contrato de trabajo, ese actuar dentro del ámbito de organización y dirección de la empleadora (...) no se ha probado que haya existido el Salario, que es su contraprestación, no se ha producido alta en el régimen de Seguridad Social y no se han dado,en suma, todas aquellas circunstancias que son inmanentes y rodean a esa prestación de servicios remunerada que es nota consustancial de la relación laboral."

La **STSJ de Madrid de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 3194 (recurso 2676/2001) declara la *competencia del orden social* para conocer de una extinción de contrato de un profesor de un Instituto de Formación Empresarial dependiente de la Cámara Oficial de Comercio. Reconoce la concurrencia de las notas definitorias de la relación laboral porque el traba-

jador "estaba sujeto a un horario que la Dirección fijaba, actuando con toda claridad dentro del ámbito rector o organicista del empresario –requisito de la dependencia–; percibía una retribución mensual por la prestación de los servicios profesionales por cuenta ajena –requisito de la ajenidad–; el calendario escolar, las vacaciones, el régimen de clases, la normativa interna, la programación y metodología académica, se planificaba y controlaba por la empresa –sujeción al poder de dirección–; los alumnos no eran contactados por el actor, sino por la demandada, careciendo de todo poder y facultad sobre los medios personales y patrimoniales de la empresa pese a la autonomía de que gozaba en el desempeño concreto de su trabajo –libertad de enseñanza–; no asumiendo riesgo alguno. (...) formaba parte y era presentado como parte del equipo docente del IFE, siendo considerado éste como un aula de formación continua y permanente con organización, estructura y medios propios".

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 3291 (recurso 564/2001) valora la relación de trabajo de una dependienta para una *comunidad de bienes.* Califica la relación como laboral ya que los servicios se prestaron para la Comunidad y no para sus titulares originarios. Para el Tribunal "aquélla y *éstos* con personalidad jurídica propia y distinta en virtud del respectivo contrato que suscribió sin ostentar la cualidad de socia, ni desempeñar cargo ejecutivo o de administración, circunstancias que determinaron su obligada inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajadora por cuenta ajena del artículo 1.1 del ET (...).Que la demandante sea hija de uno de los titulares de la Comunidad de Bienes no desvirtúa la apreciación anterior porque existe relación laboral." Considera que existe contrato de trabajo ya que (...)"Aunque se excluyen del campo de aplicación del ET los trabajos prestados por familiares el precepto configura una presunción *iuris tantum* de no laboralidad respecto de los familiares próximos que detalla".

La **STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 3202 (recurso 2316/2001) niega la existencia de despido de un *trabajador extranjero,* en un supuesto en el que la empresa comunica verbalmente la finalización del contrato, ya que el extranjero carecía de permiso de trabajo. No obstante ello, se reconoce la posibilidad de reclamar judicialmente una compensación económica por los servicios realizados: "sin perjuicio de que el contrato resulta nulo, el trabajador (podrá) exigir por el trabajo que ya hubiere prestado la remuneración consiguiente a un contrato válido".

b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2662 (recurso 1945/2001) falla la improcedencia de los despidos producidos en un supuesto de *cambio de titularidad de la explotación de una industria* de cafetería, con motivo de una nueva adjudicación del servicio, declarando aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y con ello la obligación empresarial de subrogación en el personal de la anterior adjudicataria.

Recuerda la Sala en su fundamento de derecho tercero que:

> "si bien la jurisprudencia ha venido negando que las cafeterías o comedores de empresa sean una unidad productiva de ésta, ello en modo alguno puede conllevar la negación de que un servicio de cafetería, adjudicado con todos los elementos necesarios para la explotación del negocio constituya una unidad productiva para el particular que obtiene la adjudicación de la industria, pues, en definitiva y para el adjudicatario, sí constituye una unidad empresarial susceptible de producir beneficios económicos y explotada con tal finalidad".

La **STSJ de Cantabria de 31 de diciembre de 2001,** I.L. J 3219 (recurso 1051/2001) analiza un supuesto de *sucesión empresarial* producida con posterioridad a la declaración de improcedencia del despido y por tanto a la constitución del título ejecutivo. La Sala procede a ampliar la ejecución en el incidente a la nueva empresa que se subrogó en los derechos y obligaciones de la anterior, admitiendo la solidaridad en esta fase procesal sin necesidad de entablar nuevas acciones judiciales contra la empresa entrante.

> "Es dable declarar la sucesión empresarial de la parte ejecutada en el trámite incidental señalado, derivada de los supuestos fundados en el artículo 44 del ET, siempre que (...) la sucesión cuya declaración se pretenda en el ámbito de un proceso de ejecución hubiere acontecido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo, es decir, que esté fundado en circunstancias distintas y posteriores al previo enjuiciamiento, en cuyo caso, es posible un cambio o ampliación procesal de partes en la ejecución, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso declarativo frente a los sucesores que, quedarán vinculados por el título ejecutivo dictado contra el causante."

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 3238 (recurso 916/2001) valora las *extinciones de contratos de unas auxiliares de Notaría,* que desempeñaba su actividad en común con otro notario. Se analiza la situación en la que las trabajadoras prestaban sus servicios, declarando la concurrencia de solidaridad en la responsabilidad por la improcedencia de los despidos practicados; reconoce el carácter de empresario que el notario ostenta respecto a sus empleados, así como que "el notario es el titular del ámbito de organización y dirección (...) y que, (...) constituye la empresa de referencia para el Derecho del Trabajo". Concluye que "la determinación de la existencia de unidad empresarial formada por los dos notarios, es la de considerar despido la extinción del contrato de las actoras" puesto que el cese en la actividad de uno de ellos sería inoperante al prestar las trabajadoras servicios también para el otro, que continúa su actividad con normalidad; motivo por el que declara la responsabilidad solidaria de los dos notarios respecto de la improcedencia de los despidos. Para los Magistrados:

> "al margen de las especiales características y circunstancias que el Tribunal Supremo aprecia en la empresa-notaría, en razón de la función pública que su titular tiene encomendada, que le han hecho pronunciarse en el sentido de la inexistencia de subrogación empresarial en base al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores tras el cese de un notario y el nombramiento de otro no se aprecian más especialidades de la empresa-notaría que se

constituyan en límites o matices respecto de la aplicación del Derecho del Trabajo en su plenitud. Así, no existen razones para entender que respecto de la empresa-notaría no puede realizarse la operación que jurisprudencialmente se denomina 'levantar el velo social' es decir averiguar las relaciones entre diversos sujetos que podrían constituir un verdadero grupo empresarial (una sociedad irregular o comunidad de bienes), en cuanto a unión de diversos empresarios bajo las circunstancias que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo como manifestaciones adicionales evidenciadoras de la existencia de grupos de empresas. Tales datos adicionales son: a) unidad de plantillas, es decir, prestación de servicios por parte del trabajador de manera indistinta para dos o más empresarios con confusión de la plantilla formalmente asignada a cada uno de ellos y prestación de trabajo indistinta para cada empleador, b) caja única existencia de comunicación o confusión patrimonial entre los distintos empresarios, c) funcionamiento integrado o unitario de las distintas empresas, y d) apariencia externa de unidad empresarial. En el caso (...) (existe) (...) una apariencia externa de unidad de actuación 'empresarial' de los dos notarios que actúan convenidos [desempeñan su labor en un mismo local en el que se ubican los trabajadores de ambos sin separación física utilización de membrete conjunto en la documentación de ambos notarios (...)] y existencia de una clarísima confusión patrimonial (al existir un pacto entre ambos fedatarios públicos de repartir ingresos y gastos al 50 por ciento y una cuenta corriente común a los dos Notarios en la que se hacen los ingresos y pagos de ambos incluido los pagos de Salarios a los empleados de los dos Notarios de manera indistinta). Nos hallamos por tanto ante la concurrencia de dos de esas circunstancias que la jurisprudencia ha ido perfilando como determinantes de la existencia del grupo de empresas, esto es, de la unión de varios empleadores en los términos indicados, sin que a ello obste el hecho de que los notarios demandados actuaran bajo la figura de notarios convenidos. La afirmación de la existencia de una empresa unitaria con apoyo en el solo dato de la evidencia de una caja única está plenamente justificada pues la actuación del grupo implica la existencia de un único empresario plural que hace suyos los frutos del trabajo por lo que se estaría en presencia de un único vínculo laboral de una única empresa de la que serían titulares pro indiviso los dos empresarios-notarios implicados en la confusión patrimonial. Ambos notarios vendrían a constituir una modalidad de comunidad de bienes a los efectos del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. Además (...) también nos encontramos con una apariencia externa de unidad empresarial y dicha apariencia voluntariamente creada y la confianza generada en los trabajadores que se relacionan con el grupo de empresarios (Ios dos notarios que actúan concertadamente) debe conducir a la asunción de responsabilidades empresariales en cuanto que éstas derivan de la propia conducta".

A la *sucesión de contratas* se refieren diversas resoluciones, que niegan la solidaridad en la responsabilidad con motivo de incumplimientos previos de los requisitos necesarios para que ésta se produzca. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 3232 (recurso 503/2001) niega la responsabilidad solidaria de la empresa saliente en una contrata de empresas de seguridad, con motivo del incumplimiento previo de la empresa saliente de las obligaciones previstas en el Convenio Colectivo para que opere la subrogación.

"En el caso que se examina no consta la transmisión de activos patrimoniales, por lo que la subrogación habría de apoyarse en el marco del Convenio, y exigiendo éste (...) el cumpli-

miento al efecto de determinados requisitos formales por parte de la empresa que finalizó la contrata (...) obvio es (...) que no cabe entender producida una subrogación vía Convenio."

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3249 (recurso 800/2001) declara la inexistencia de obligación de subrogación de la empresa entrante, en virtud de la adjudicación de una concesión administrativa del servicio de transporte sanitario. Y ello porque "la subrogación se condiciona al cumplimiento por las partes de los requisitos que se contienen en el convenio de aplicación y en concreto a que por la empresa saliente se facilite a la entrante los documentos (referentes a personal)"; "(...) dicho requisito no ha sido cumplido por la empresa saliente (...) y siendo el incumplimiento un requisito impuesto por la norma convencional que actúa como condicionante para que la subrogación se produzca (...) la obligación en la subrogación deja de ser obligatoria para la empresa entrante o nueva adjudicataria del servicio".

El Tribunal Supremo en la **STS de 26 de diciembre de 2001,** I.L. J 3374 (r.c.u.d. 139/2001) analiza la teoría del *grupo de empresas* y declara la responsabilidad solidaria de las que integran el mismo. Niega el Tribunal Supremo la solidaridad en el supuesto planteado de dos Sociedades Limitadas, y determina el criterio unificado en torno a la doctrina del "levantamiento del velo" en este tipo de situaciones, a los efectos laborales. Sistematiza el Tribunal su criterio en el sentido de que "no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además la presencia de elementos adicionales" añade que "los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son". Así como que "la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad".

"El elemento adicional, según unificada doctrina de la Sala Cuarta, consiste en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1981 y de 8 de octubre de 1987). 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo (SS de 4 de marzo de 1985 y 7 de diciembre de 1987). 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS de 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1988, 12 de julio de 1988 y 1 de julio de 1999). 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS de 9 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993), y todo ello teniendo en cuenta que 'salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del ET' (SS de 26 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993, que expresamente se invoca."

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de octubre de 2001,** I.L. J 3405 (recurso 664/2001) inadmite la *sucesión empresarial* en el supuesto planteado, desestimando la petición de ampliar la ejecución contra una entidad bancaria que toma posesión del inmueble en el que prestaba sus servicios el trabajador despedido, tras un proceso de venta judicial del inmueble, porque "la transmisión no comprendió la empresa, sino el inmueble en que radicaba, insuficiente por sí solo para la explotación comercial".

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

A) Las causas que lo motivan

Diversas resoluciones declaran la improcedencia del despido basado en motivos disciplinarios.

A las *faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo* [art. 54.2.a) ET] se refiere la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 1 de octubre de 2001,** I.L. J 2747 (recurso 574/2001). Declara la improcedencia del despido disciplinario a una trabajadora, que tras haber solicitado el oportuno permiso en la empresa para ausentarse de la misma, para realizar una exodoncia quirúrgica, aporta un justificante de ausencia a la empresa que ha sido manipulado. Destaca que:

> "El Celador del Centro de Salud emitió el justificante de que se atendió a la actora en dicha centro el día 16 de marzo de 2001 a las 11,15 horas, y en el justificante que entregó la actora a la empresa, consta a las 17,15 horas, siendo claro que dicho justificante fue manipulado, pero (...) no consta acreditado quién manipuló dicho justificante, y en consecuencia, no queda probado que fuera la actora, (...) no pudiendo aplicarse el principio de presunción que invoca la parte recurrente, máxime cuando, según consta probado la demandante dejó el justificante encima de la mesa de Dª. Mª. A., cuyo despacho se encuentra en la primera planta, y dicho justificante no fue examinado por Dª. Mª. Ascensión hasta transcurrida aproximadamente una hora."

La **STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2001,** I.L. J 2807, hace referencia a un trabajador que se autoconcedió la situación de excedencia voluntaria, dejando de asistir al trabajo. El Tribunal revoca la sentencia de instancia que declaraba la improcedencia del despido, porque, como señala la Sala, "cuando el art. 46.2 del Estatuto preceptúa que 'el trabajador (...) tiene derecho a que se le reconozca una posibilidad de situarse en excedencia voluntaria, lo que está significando es la necesidad de tal 'reconocimiento', y que el mismo compete al empleador, (de tal manera que) si éste incumple el deber de conceder tal excedencia –impuesta por apartado 1.' art. 46–, expresa o tácitamente, el trabajador puede ejercitar las acciones judiciales en reconocimiento de su derecho, pero lo que no es factible es que acuda a la vía de hecho de autotutela del propio derecho, y adopte unilateralmente la decisión de autoconcederse dicha situación de excedencia voluntaria".

Motiva su decisión en que:

> "el hecho de no acudir al órgano jurisdiccional en solicitud de que el empresario cumpla su obligación de conceder aquella situación, y de decidir por sí mismo, el tema controver-

tido, no acudiendo al trabajo, coloca al actor (...) en situación de incumplimiento grave y contumaz de su obligación de trabajar, lo que constituye la justa causa de despido tipificada en el art. 54.2.a) del Estatuto, consistente en faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo (...) Lo esencial para decidir el grado de culpabilidad y, en consecuencia, la intensidad del incumplimiento sancionado (...) estriba en decidir su unilateral realización sin atender a la resolución judicial del conflicto por él planteado; pues si aquélla se produce encontrándose éste *sub iudice*, estamos ante un supuesto de censurada autotutela que, ya los estrictos efectos litigiosos, no puede subsanar un pronunciamiento judicial que es posterior no sólo al despido sino también a la propia demanda rectora de autos y el ulterior acto del juicio, resultando coincidente la fecha de ambas resoluciones, por lo que –y en cualquier caso– no podía constar su firmeza al tiempo de dictarse la recurrida".

La **STSJ de Aragón de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 2965 (recurso 1048/2001) declara la improcedencia del despido disciplinario motivado en *faltas al trabajo acreditadas.* "ya que no constituyen faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo". Los hechos para el Tribunal no constituyen supuesto justificativo del despido disciplinario. "Los términos 'gravedad' y 'culpabilidad' son genéricos, lo que permite un margen de decisión empresarial, cuyo control judicial se atiene más al tópico de la 'razonabilidad' que a un criterio cierto de lógica jurídica".

A las *ofensas verbales* se refiere la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de septiembre de 2001,** I.L. J 2725 (recurso 267/2001). Ante el despido de un trabajador, que prestó servicios en un taller mecánico y que comete hechos constitutivos de un incumplimiento de las obligaciones contractuales, consistente uno de ellos en la trasgresión de la buena fe contractual y el otro en proferir ofensas verbales a un compañero de trabajo. Afirma que "para que tal comportamiento sea acreedor de la sanción de despido, ha de merecer la calificación de incumplimiento grave y culpable"; se exige pues, una proporcionalidad entre infracción y sanción que para la Sala no se produce. Señala la Sala:

"Analizando las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren resulta que el mismo venía prestando servicios para la hoy recurrente desde hace tres años sin que, conste que haya cometido ninguna otra falta ni haya sido sancionado por ello, resultando respecto a la primera de las faltas imputadas, que el comportamiento del trabajador no causó perjuicio a la empresa ya que D. M. A.M. dejó el coche en el taller para que lo repararan, cobrándole la cantidad correspondiente, sin que se le causara tampoco perjuicio alguno al citado cliente pues el coche fue debidamente reparado. Respecto a la segunda de las faltas imputadas hay que tener en consideración que se produjo una discusión entre el actor y un compañero de trabajo en el taller, ya que éste intentaba coger unas herramientas del carro del primero (cada trabajador tiene un carro con sus herramientas, aunque si les falta alguna pueden cogerla del carro de algún compañero) llamándole el actor "niñato de mierda", estando presente D. L.A. Del C.E., sin que conste que el insulto se produjera en presencia de otras personas, existiendo, por lo tanto, una situación de enfrentamiento verbal entre el actor y don R.P., lo que condujo al primero en el calor de la discusión a insultar a su compañero. La conducta del actor, si bien constituye un incumplimiento de sus

obligaciones contractuales en aplicación de la teoría gradualista no puede considerarse que revista el índice de gravedad suficiente para que haya de ser calificada como incumplimiento grave y culpable merecedor de la sanción de despido."

La **STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2001,** I.L. J 3336, analiza un supuesto de "*acoso sexual en el trabajo*" y declara la procedencia de la extinción, ya que el comportamiento verbal y físico del trabajador "tuvo como consecuencia que la trabajadora, sujeto pasivo del mismo, se sintiera agredida en su libertad sexual y dignidad personal".

A la *trasgresión de la buena fe contractual*, así como al *abuso de confianza* como causa justificadora del despido disciplinario [art. 54.2.d) ET] se refiere la **STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 2807. En ella se contempla el supuesto de una trabajadora de un centro comercial que fue descubierta cuando había pesado y marcado incorrectamente el precio de varios productos y llevaba otros productos (no pasados por caja) en su poder. Considera la Sala que "tal actuación es encuadrable en la tipificación de 'venderse' productos sin pagarlos, o haciéndolo insuficientemente, y ello supone una vulneración de la buena fe contractual sancionable con despido. Por tal motivo declara procedente el despido".

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 6 de septiembre de 2001,** I.L. J 3387 (recurso 956/2001) considera producida la *trasgresión de la buena fe contractual* por la sustracción de "una canastilla Nuk mochila, propiedad de la empresa, valorada en 3.995 pesetas".

La **STSJ de Extremadura de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3295 (recurso 540/2001) que declara la procedencia del despido disciplinario practicado determina que "el quebrantamiento de los *deberes de fidelidad y lealtad* es independiente del lucro personal o de la mayor o menor cuantía de lo defraudado".

La **STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2921 (recurso 2899/2001) confirmó la procedencia del despido disciplinario de un trabajador que procedió a descargar de internet y a visualizar ficheros de contenido pornográfico mientras se encontraba en su puesto de trabajo, "utilizando a tal fin su clave personal de acceso al ordenador, cuya utilización le había asignado la empresa". Con ello, el trabajador incurrió en el correspondiente gasto. La Sala rechaza la protección del artículo 18 del ET, en el sentido de que ésta no prohíbe a la empresa la inspección por expertos informáticos de los ordenadores asignados a los trabajadores, ya que "sólo establece la inviolabidad de la persona del trabajador, admitiéndose incluso que puedan realizarse registros sobre la persona del trabajador en su taquilla y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, con las garantías que en el precepto legal indicado se establecen".

Para la Sala ha de tenerse en cuenta que:

> "en las imputaciones realizadas por la empresa al trabajador y que justificaron su despido no se contempla la utilización que pudiera haber hecho el actor del correo electrónico ni se hace alusión alguna a comunicaciones enviadas o recibidas por medio del ordenador,

sino que la conducta del actor, que la empresa consideró como incumplimiento de sus obligaciones laborales, fue la de descargar de Internet en el disco duro del ordenador y visualizar una gran cantidad de ficheros, cuyo contenido nada tenía que ver con el desempeño de sus funciones laborales, actividad que le ocupó diversos períodos de tiempo y siempre durante su jornada de trabajo; (...) es correcta la calificación que hace la sentencia de instancia de que los hechos imputados como faltas en la carta de despido son constitutivos de una trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, falta grave de las previstas en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, habiendo quedado patente el grave incumplimiento contractual del demandante. (...) Resulta absolutamente intrascendente el contenido de los ficheros descargados y visualizados, ya que lo único realmente trascendente es que el demandante se dedicara en plena jornada laboral, utilizando los medios que le había asignado la empresa demandada para su trabajo y obligándolo con ello a un injustificado gasto de consumo telefónico, a fines estrictamente personales, sean de la índole que sean, pornográfico, deportivo, cultural, religioso o artístico o de cualquier otra índole, los cuales nada tenían que ver con el desempeño de las funciones derivadas de su puesto de trabajo. (...) tal infracción adquiere especial gravedad por las características específicas del puesto de trabajo del actor, dentro del Departamento de operaciones, el cual exige una disponibilidad permanente de los equipos informáticos, a través de los que se han de poder recibir en todo momento las incidencias relativas a cambios de ruta de los aviones y tripulaciones, las cuales deben resolverse de inmediato".

La **STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 2930 (recurso 4637/2001) declara la improcedencia del despido de un trabajador que lleva a cabo distintos *abandonos de su puesto de trabajo* para tomar un café, para introducirse en los lavabos o en los vestuarios así como realizar una serie de manifestaciones que para la Sala "constituyen una opinión que puede ser desacertada y una expresión desafortunada e inapropiada" pero en modo alguno justifican la máxima sanción. Y ello porque "de trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza no cabe hablar pues no pueden reconducirse todos y cualquiera incumplimientos". Y dado que el despido se produjo antes de la constitución de la mesa electoral, se otorga el *derecho de opción* a la empresa, "pues sólo se atribuye al trabajador que en el momento del despido fuera un representante legal o delegado sindical e igualmente al presentado o proclamado como candidato a la elección o al nombramiento de representante, como ya dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de junio de 2000 (r.c.u.d. 3407/1999)".

Al despido motivado en el uso indebido del **crédito horario sindical** se refiere la **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3078. Declara la improcedencia del despido del trabajador, miembro del comité de empresa, que utilizó el crédito horario sindical para realizar trabajos en otra empresa. El fundamento de tal declaración de improcedencia reside en que la jurisprudencia "viene exigiendo la nota de habitualidad en el abuso del crédito horario sindical", así como que "se trata de un único día en que el trabajador utilizó su crédito de horas sindicales en beneficio propio para labores ajenas a sus funciones de representación, lo cual si bien supone una conducta reprobable e incluso merecedora de sanción, ésta no reviste, por su falta de habitualidad y continuidad, la gra-

vedad suficiente como para que la sanción a imponer sea la máxima prevista en nuestro ordenamiento jurídico".

Niega la posibilidad de practicar un despido disciplinario la **STS de 14 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta (r.c.u.d. 1365/2001) respecto de un empleado de banca con el que se negoció un *pacto de prejubilación*, y concreta las diferencias entre los efectos de la suspensión del contrato con los de la extinción del contrato habida cuenta de la existencia de un pacto de prejubilación.

Unifica doctrina al respecto, determinando que:

> "el pacto de prejubilación (...) comportó el cese definitivo en la actividad por parte del demandante incentivada por la empresa, que, a falta de causa específica propia en nuestro ordenamiento legal laboral, puede tener en este caso normal encaje en el art. 49.1.a) ET, regulador de la extinción contractual por mutuo acuerdo de las partes en un momento en el que aquél no tenga la edad suficiente para jubilarse anticipadamente conforme a la normativa de Seguridad Social y estableciéndose por parte de la empresa compensaciones por el cese anticipado del trabajador de edad madura o extinción prematura de su contrato de trabajo. Como destaca la doctrina científica, la suspensión lleva consigo la expectativa de reiniciar la prestación laboral, mientras que la prejubilación supone la ruptura definitiva del contrato aunque la empresa se vincule con el trabajador a través de una serie de compromisos que surgen como consecuencia del pacto en que se fijen las condiciones de la prejubilación; y extinguido el contrato de trabajo existente entre las partes y sustituida la relación entre las mismas por lo estipulado en el pacto de prejubilación mediante el que se nova de forma extintiva aquél, la consecuencia es que carece de eficacia jurídica la decisión unilateral empresarial de poner fin mediante un despido disciplinario a una relación laboral ya inexistente".

B) La forma del despido

La **STSJ de Valencia de 22 de junio de 2001,** I.L. J 2707 (recurso 1291/2001) declara la improcedencia de un despido por *defectos formales*. "Si no consta cuál ha sido la causa del fin de la relación laboral, ni existe comunicación escrita alguna de la empresa, ni ésta comparece a juicio a fin de explicar los motivos del fin de la contratación, el único dato de referencia se encuentra en el antedicho certificado, expedido por la propia empresa, donde, se hace constar como causa de la situación legal de desempleo el despido disciplinario. Es evidente que al tratarse de un acto propio de la empresa, debe darse al mismo una relevancia absoluta. La consecuencia legal de dicho documento no puede ser otra que considerar el despido efectuado como improcedente, pues es evidente que el mismo careció de los requisitos a que se refiere el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores, que, tras señalar la exigencia de la forma escrita para el despido disciplinario, entiende que se considerará improcedente cuando no se acrediten los hechos imputados o el despido no se ajuste a las exigencias formales establecidas, es decir, notificado por escrito con expresión de los hechos imputados y la fecha de efectos."

La **STSJ de Navarra de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 3121 (recurso 380/2001) analiza el contenido de una *carta de despido* y declara la improcedencia de la extinción, toda vez

que la carta no goza de la claridad suficiente de las imputaciones realizadas, sin que ello suponga la obligación de "un examen pormenorizado de los hechos".

Motiva su decisión en que:

> "los términos de la carta disciplinaria (...) resultan ciertamente imprecisos al describir los incumplimientos contractuales imputados al trabajador (...) Es en el acto de juicio, más concretamente en período probatorio, cuando el actor conoció los hechos concretos que se le imputaban pero (...) no es en el acto de juicio sino con la entrega de la carta de despido, cuando el trabajador debe conocer exactamente la dimensión de las imputaciones en que se apoya la decisión extintiva empresarial, a fin de arbitrar los medios de defensa oportunos".

La **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 3200 (recurso 2234/2001) declara la improcedencia de dos *despidos verbales* de trabajadoras, frente a alegación de la parte empresarial que sostiene la existencia de un abandono voluntario. Para la Sala cobra mayor fuerza la tesis de las trabajadoras en base a un telegrama que enviaron a la empresa.

C) El despido tácito

Al despido tácito se refiere la **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3079, que confirma la *falta de acción* del demandante que "debió solicitar la ejecución de lo acordado e incumplido en conciliación judicial" (la empresa dejaba sin efecto la comunicación del cese y se obligaba a incluir al trabajador en una ampliación del ERE aprobado por la autoridad administrativa –la empresa le dio de baja en la SS en mayo de 2000 y el trabajador formuló demanda el 17 de octubre de 2000–) (...) "y al no haberlo hecho ha consentido la existencia de un despido tácito que no impugnó en tiempo y forma, quedando extinguida la relación laboral".

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas

La **STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2804, declara la improcedencia de un despido por causas objetivas de una educadora, en el que, según la comunicación escrita del despido, éste se fundamenta en una mera previsión de descenso de la actividad que, se considera, puede afectar a la viabilidad económica del centro. Para la Sala, en realidad, se trata de una reorganización de la empresa motivada por la decisión de cerrar uno de sus dos centros de trabajo, y dado que la empresa no ha aportado elementos que permitan afirmar un juicio de razonabilidad que justifique la medida extintiva por causas objetivas, el despido debe ser declarado improcedente.

Falla que:

"Ha de tenerse en cuenta que (...) la previsión de afectación económica negativa se sufraga con el cierre de uno de los centros, de suerte que los alumnos son atendidos en uno solo y, por ello, se va a producir una evidente reducción de gastos. En cualquier caso, (...) se prevé una disminución de alumnos y este dato se considera acreditado en la sentencia (...) cuando se dice que ha habido una disminución de 61 alumnos (...) La Sala admite el hecho de que deba cerrarse uno de los centros y, la consiguiente disminución del alumnado, justifique la reorganización de la plantilla de la empresa, mas debe recordarse que la medida debe servir para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa (...) ello no exime a la empresa de acreditar que tales dificultades existen y que la decisión extintiva se halla vinculada al mantenimiento de la posición competitiva de la empresa en el mercado o a las exigencias de la demanda (...). Las causas organizativas no necesitan resultados negativos, pueden operar aunque no haya pérdidas. Pero exigen un juicio de razonabilidad para esclarecer la conexión entre la causa y la medida. (...) No se aportan datos que evidencien la necesidad de prescindir de los servicios de la actora, pues consta acreditado que la empresa ha procedido ya a reducir la plantilla, la que sería acorde con la reducción de alumnos. Es a la empresa a la que correspondía acreditar que la actual plantilla sigue estando sobredimensionada en relación al volumen de actividad y que la viabilidad futura del proyecto empresarial se halla afectado por esa sobredimensión."

En dos resoluciones judiciales se analizan extinciones por causas objetivas de la sociedad sin ánimo de lucro "Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País". La **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3128 (recurso 4842/2001) revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido objetivo "por considerar que el despido se basa en causas económicas, no habiendo la empresa acreditado la concurrencia de las mismas (...) por lo que se refiere a las causas productivas (...) el número de alumnos no justificaría en absoluto la amortización del puesto de trabajo de la actora". La **STSJ de Madrid de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3133 (recurso 4666/2001) declara igualmente la improcedencia de la extinción por no acreditarse causas económicas, organizativas o de producción que justifiquen la extinción, advirtiendo que los Salarios de tramitación no pueden deducirse de los correspondientes al período de preaviso.

Motiva su fallo en que:

> "para que el despido de la actora se hubiese declarado procedente, debió acreditar (...) no sólo la disminución del número de alumnos de la materia que habitualmente impartía (...) sino también la minoración efectiva del número total de alumnos del centro, así como la imposibilidad de que la actora diera clase de otras disciplinas (...) sin que los Salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso".

La **STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 3198 (recurso 5117/2001) declara la improcedencia del despido objetivo en un supuesto en el que la empresa no tiene resultados negativos, sino que se produce una *disminución de beneficios* durante el último ejercicio.

La **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3209 (recurso 1645/2001) revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia de la extinción del contrato por *causas económicas* por "no considerarse saldada la carga de la prueba que a la empleadora incumbe, en cuanto a las circunstancias económicas que, (...) deben justificar el despido objetivo (...) El empresario que no acredita en el juicio la realidad de la causa de un despido adoptado por él, habrá de estar a los efectos jurídicos dispuestos para el caso en los artículos 53.3 y 5, 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores".

La **STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3310, declara la improcedencia de un despido objetivo en el que no se acreditan resultados negativos, ya que "es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa. Lo que supone de un lado, la identificación precisa de dichos factores, y de otro, la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador. Esta concreción se refleja normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado (...) que no sólo deberán ser alegadas sino también probadas".

B) La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3038 (recurso 200/2001) resuelve sobre un supuesto de amortizaciones de puestos de trabajo de un concesionario de vehículos y revoca la sentencia de instancia que declaraba la nulidad de las extinciones por la *falta de puesta a disposición de la indemnización* a los trabajadores y, además por *no concurrir motivos justificadores de un despido objetivo por causas económicas.* Declara la Sala la procedencia de la extinción por causas económicas y justifica la falta de puesta a disposición de la indemnización como facultad legal que otorga el artículo 53 del ET para estos supuestos de extinción.

Sintetiza la Sala los elementos integrantes del despido por causas objetivas, por motivos económicos, en base a la doctrina del Tribunal Supremo, en los tres siguientes:

> "1.–Concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa ('situación económica negativa') o en la eficiencia de la misma. El legislador ha querido distinguir cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficacia que están en el origen del despido por motivos económicos: a) la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción ('causas técnicas'); b) la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal ('causas organizativas'); c) la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado ('causas productivas'); y d) la esfera o ámbito de los resultados de explotación ('causas económicas'), en sentido restringido. Es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las cau-

sas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa. Lo que supone de un lado la identificación precisa de dichos facto– res, y de otro la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador. Esta concreción se refleja normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad de trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios, etc. 2.– (...) la amortización de uno o varios puestos de trabajo. Esta medida de empleo puede consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen 'la plantilla de la empresa'; y puede consistir, asimismo, en la supresión de la 'totalidad' de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio. En los casos en que la amortización de puestos de trabajo no conduzca al cierre de la explotación, la medida de reducción de empleo adoptada ha de formar parte de un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de la empresa, en el que la amortización de puestos de trabajo puede ir acompañada de otras medidas empresariales (financieras, de comercialización, de reducción de costes no laborales), encaminadas todas ellas al objetivo de compensar los desequilibrios producidos, superando la 'situación negativa' o procurando 'una mejor organización de los recursos'. En estos mismos casos de no previsión de desaparición de la empresa, la amortización de puestos de trabajo se ha de concretar en el despido o extinción de los contratos de trabajo de aquel o de aquellos trabajadores a los que afecte el ajuste de producción o de factores productivos que se haya decidido. 3.– La conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficacia de los factores productivos. En el supuesto de cierre de la explotación, la conexión entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquélla amortigua o acota el alcance de ésta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores, con las indemnizaciones correspondientes. En el supuesto en que la amortización de puestos de trabajo pretenda sólo la reducción de la plantilla, la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados ha de consistir en la adecuación o proporcionalidad de éstos para conseguir la superación de aquélla, en el marco del plan de recuperación del equilibrio empresarial expuesto por el empresario. Tal conexión funcional de adecuación ha de apreciarse en concreto, respecto del despido o de los despidos de trabajadores determinados acordados por la empresa."

A los *requisitos del despido por causas objetivas* se refiere la **STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3063, que resuelve sobre la extinción por causas económicas de un contrato de trabajo de una empresa de automóviles motivado en la extinción de una concesión de vehículos. La Sala confirma la sentencia de instancia al considerar procedente la extinción contractual ya que "la empresa demandada es un taller mecánico que anteriormente era concesionaria de la marca de vehículos Renault, y tras perder esta concesión ha visto disminuida de forma especialmente importante y grave su actividad y nivel de facturación, lo que ha provocado un descenso muy importante del número de vehículos

reparados, disminuyendo su plantilla de 26 a 14 trabajadores; e incurriendo por este motivo en evidente situación económica negativa".

Argumenta su fallo en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo:

> "1º) para llevar a cabo la extinción de contratos de trabajo que permite el artículo 52.c) del ET no es necesario, de ningún modo, que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible; antes al contrario, lo más propio y característico de estos supuestos es que se trate de situaciones no definitivas, es decir recuperables, y que precisamente con la adopción de esas medidas extintivas se busca y pretende superar esa situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma; 2º) es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa. Lo que supone de un lado, la identificación precisa de dichos factores, y de otro, la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señaladas por el legislador. Esta concreción se refleja normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios, etc.; 3º) debe darse una necesaria correlación entre la amortización del puesto de trabajo y la finalidad esencial de conseguir una mejora económica de la empresa, una conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable; 4º) sobre este extremo, la Ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción del nexo contractual lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica o garantizar la viabilidad futura de la empresa. Es cierto que el art. 52.c), alude a 'la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo', y que el art. 51.6 habla de que las medidas propuestas sean 'necesarias a los fines previstos', pero nada de esto desvirtúa la conclusión que se acaba de expresar, pues la idea de necesidad que manejan estas disposiciones no se refiere tanto a que las extinciones acordadas produzcan forzosamente el saneamiento económico de la empresa, como a que las mismas cumplan los requisitos que en estas normas se determinan y que se basan esencialmente, en que tales medidas extintivas contribuyan a superar la situación de crisis."

La **STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3141 (recurso 4281/2001) revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia de un despido por causas objetivas en base a "la rescisión de los servicios que prestaba para el BBVA" ya *que las empresas demandadas cuentan con abundantes e importantes clientes, e incluso alguna de sus sociedades continúa realizando servicios para el BBVA*. Ello evidencia que "el cese (...) no resulta proporcional a la exigencia organizativa, pues tal cese (...) no trata de conseguir una eficiencia antes inexistente o reducida sino de corregir un desfase entre la plantilla y la nueva organización que surge tras la rescisión de los servicios del BBVA, tendiendo simplemente a disminuir costes y garantizar mayores beneficios (conveniencia y no necesidad empresarial), con sacrificio de los derechos de la trabajadora, que pudo ser reubicada acudiendo la empresa a (...) medidas flexibles (...) de movilidad funcional". Por tanto no se encuentra justificada la causa organizativa en que se

basa el despido ya que "la extinción de la relación laboral debe pivotar, no en el concepto de conveniencia, sino en el de necesidad empresarial, a demostrar, por quien la invoca".

Recuerda el Tribunal que:

> "el despido por motivos económicos descrito en el art. 51.1 al que se remite el 52.c) del ET puede basarse en causas organizativas que afecten a los sistemas y métodos de trabajo y a la organización de los recursos, incumbiendo al empresario probar la realidad de las causas y su concreta incidencia, lo que exige, de un lado, identificar de forma exacta los factores desencadenantes y concretar su incidencia en el ámbito señalado, concreción que ha de realizarse en la comunicación escrita de cese [art. 53.1.a)], convirtiéndose el dato sobre la falta de eficiencia o sobre las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa en objeto del proceso judicial posterior. La amortización del puesto de trabajo como plan de recuperación del equilibrio de la empresa, debe concretarse en el despido del trabajador al que afecte el ajuste de producción o de los factores productivos u organizativos que se hayan decidido o producido. Entre ambos elementos (extinción acordada y superación de la situación de falta de eficiencia, en el caso presente por exceso de personal) debe darse una conexión de funcionalidad de tal manera que la adopción de la medida extintiva contribuya a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo, a través de una más adecuada organización de los recursos de toda clase. En definitiva, la medida adoptada debe razonablemente asegurar la viabilidad o continuidad en el futuro de la empresa como soporte de empleo, consiguiendo una eficiencia antes inexistente o escasa. Tampoco basta con un mero desajuste entre plantilla y exigencias de organización o de producción, pues éstas pueden solucionarse a través de mecanismos flexibles legalmente previstos en materia de movilidad funcional".

C) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La **STSJ de Madrid de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 2913 (recurso 4131/2001) declara la improcedencia de un *despido colectivo por causas objetivas* en el que la empresa "extinguió *de facto* con la trabajadora la relación de servicios, tratando posteriormente a dicho acto extintivo enmendar tal decisión, instando el ERE preceptivo, que fue desautorizado por la autoridad laboral y consecuentemente la extinción de los contratos de los 9 trabajadores de la plantilla, por lo que, es claro, que debe rechazarse la procedencia del despido objetivo por causas económicas".

La **STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2925 (recurso 4458/2001) analiza la indemnización procedente en las *extinciones por prejubilación realizadas con motivo de un expediente de regulación de empleo.* Fija como "mínimo de derecho necesario e indisponible la indemnización de 20 días por año de servicios, que señala el art. 58.1 del ET". Fundamenta que "la doctrina científica viene manteniendo que los sistemas de extinción por prejubilación, tienen su causa en una decisión previa del empresario, de poner fin a los contratos de trabajo, al amparo de alguna de las causas que provocan el ERE No responden a iniciativa del trabajador. Razón por la cual no se está ante una extinción por jubilación voluntaria, ni de mutuo acuerdo, sino de un verdadero despido colectivo, por lo que debe computarse a los efectos de los umbrales mínimos del art. 51 ET".

Para la Sala:

> "En el ERE (...) se viene a solicitar la extinción de las relaciones laborales de hasta un máximo de 269 trabajadores, prejubilables de la plantilla de la empresa, más las posibles bajas incentivadas, todo ello en base a las causas económicas y tecnológicas contempladas en el art. 51 del ET, y siendo ello así parece evidente que nos encontramos ante un despido colectivo y que en consecuencia, la indemnización mínima debe ser la dispuesta en ese art. 51 en su número ocho, al que se remite el art. 14 del RD 43/1996, de 19 de enero. Como quiera que hay acuerdo sobre la cuantía de las indemnizaciones, (...) las cuantías no son más que la diferencia, entre las prestaciones de las pólizas de seguro suscritas por el Banco Vitalicio, sobre las rentas de prejubilación garantizadas, y el tope de las doce mensualidades, del art. 58.1 del ET".

5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO: LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Desestima la excepción de caducidad de la acción la **STSJ de Valencia de 25 de mayo de 2001,** I.L. J 2692 (recurso 3066/1998) respecto de una *reclamación al FOGASA* por la indemnización y salarios de tramitación de un despido que fue declarado improcedente y en el que el FOGASA había sido parte. En base a la doctrina del Tribunal Supremo la Sala falla que "la condición de parte en el primer proceso, impone que las resoluciones firmes recaídas en el mismo tengan fuerza de cosa juzgada respecto del mismo".

Por el contrario estima *la caducidad de la acción* la **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 2842 (recurso 2202/2001) en un supuesto en el que se presentó la demanda ante el SMAC en las oficinas de correos, mediante correo certificado, por tanto sin constar sello alguno en la documentación que dicho sobre pudiera contener. Para la Sala *el incumplimiento de las formalidades reglamentariamente previstas* provoca la caducidad de la acción, ya que "los escritos dirigidos a las Administraciones Públicas pueden presentarse en las Oficinas de correos y producirán sus efectos siempre que la presentación se haga en la forma reglamentariamente establecida que no es otra que la que consta en el Reglamento de los Servicios de Correos aprobado por Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, en su artículo 205 y que consiste, como ya es de dominio público, es presentar los escritos con sobre abierto para que el empleado estampe en ellos el sello de fechas que constituye la auténtica garantía de la presentación".

> "Los demandantes se limitaron a remitir un simple certificado de correos, utilizando un medio inadecuado para acreditar la 'presentación' de escritos en las Oficinas Públicas, y ya no sólo porque legalmente no constituye método válido sino porque ese método no garantiza en modo alguno que el sobre certificado contuviera dentro la papeleta, a pesar de las certificaciones del SMAC en ese sentido, emitidas, por otra parte, nueve meses después de producirse los hechos."

La **STSJ de Castilla y León de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 2945 (recurso 2139/2001) aprecia la caducidad de la acción por despido de un trabajador que prestaba sus servicios para la Agencia de Desarrollo Económico de la Junta de Castilla y León – ente público de derecho privado–, que utiliza como vía previa preprocesal la *reclamación previa en lugar del acto de conciliación extrajudicial*.

> "Habida cuenta de la naturaleza de la Entidad recurrente, Ente público de derecho privado, el requisito preprocesal exigible era el de la conciliación previa, sin que ninguna eficacia interruptiva, tuviera por consiguiente, la reclamación previa formulada, por lo que ha de estimarse caducada la acción."

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de octubre de 2001,** I.L. J 3403 (recurso 822/2001) confirma la caducidad de la acción basada en un *incumplimiento empresarial* previo del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores, ya que la naturaleza constitutiva de tal acción, "cuyo efecto es la extinción del contrato de trabajo en la fecha en que la sentencia se dicta, exige que la relación se mantenga viva hasta dicho momento"; por ello, el trabajador "debió reclamar contra su cese en el momento oportuno reaccionando judicialmente cuando pudo hacerlo, dentro del plazo de 20 días de caducidad de la acción".

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

A la posibilidad de extinción del contrato con motivo de un *incumplimiento grave y culpable* del trabajador [art. 54.1) ET] se refiere la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 16 de julio de 2001,** I.L. J 2715 (recurso 460/2001) que declara la procedencia del despido de un empleado de una estación de servicio que incumple de forma grave y culpable una de sus obligaciones consistente en realizar las mediciones correspondientes para comprobar la falta o disminución de litros de carburante. La detección de las diferencias de existencia de carburantes fue conocida por la empresa a través de los inventarios realizados trimestralmente por una empresa de auditoría, no dándose cuenta de la misma por el trabajador como era su obligación.

A la *indisciplina o desobediencia* como causa de despido [art. 54.2.b) ET] se refiere la **STSJ de La Rioja de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2685 (recurso 185/2001) que confirma la desestimación de la demanda de despido de un transportista que incumple la orden que se le había cursado. La gravedad de la conducta del trabajador hace que se considere justificado el despido, dado que la relevancia del incumplimiento, obligó a la empresa a organizar el transporte para que la mercancía se entregara en el lugar y a la hora convenida.

Recoge la Sala de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de desobediencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1277]) que resume en los siguientes criterios:

> "a) los principios de buena fe y lealtad han de presidir las relaciones recíprocas del empresario con el trabajador, hasta el punto de ser inspiradores del actuar de uno y otro, con la finalidad de evitar que aquél, el empresario, dé órdenes inadecuadas y no concordes con el

mejor servicio de la empresa en cuanto unidad de producción, precisada de una rectoría ni arbitraria ni omnímoda y, desde luego, respetada por el trabajador; b) el trabajador debe obedecer las decisiones del empresario que se encuentran dentro del marco del ejercicio regular de sus facultades directivas, e incluso debe cumplirlas en el supuesto de que las considere desacertadas e incorrectas, pues las ha de acatar para no incurrir en indisciplina o desobediencia sancionable con el despido, sin perjuicio de que pueda utilizar los medios legales procedentes contra ellas ante los órganos y por el cauce que corresponda; c) se exceptúa de este deber de obediencia cuando las órdenes del empresario afectan a derechos irrenunciables del trabajador, al ser ilegales o si concurren circunstancias de peligrosidad y otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa. El mismo Tribunal, en Sentencia de 23 de enero de 1991 (RJ 1991, 172), entre otras, partiendo de la aceptación de la teoría gradualista, que implica la necesaria y plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, analizando individualmente las circunstancias de cada caso, viene exigiendo que para que una desobediencia en el trabajo sea susceptible de ser sancionada con el despido, ha de tratarse de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, sin que una simple desobediencia que no encierre una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación, pueda ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo. También ha dicho el mismo Alto Tribunal, en Sentencia de 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8547), que la desobediencia debe consistir en una resistencia terminante, persistente y reiterada al cumplimiento de una orden precisa emanada de la empresa en el ejercicio regular de sus facultades directivas, con manifiesto quebranto de lo establecido en los artículos 5.c) y 20.1 y 2 del ET".

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 de diciembre de 2001,** I.L. J 2977 (recurso 673/2001) revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido de un *trabajador que se negó a obedecer las órdenes de desplazamiento del empresario,* pues "la doctrina sobre la proporcionalidad y graduación de las sanciones no tiene aplicación cuando el hecho enjuiciado constituye claramente una indisciplina que, además no se justifica".

Señala que:

"el artículo 40.3 ET ha establecido la ejecutividad de la decisión empresarial de desplazamiento, por lo que los fallos de los Tribunales son reacios a reconocer en este punto un *ius resistentiae* del trabajador: el empresario decide unilateralmente la orden de desplazamiento y el trabajador debe cumplirla sin perjuicio de su impugnación si la entiende injustificada (...) Es unánime la doctrina jurisprudencial que, en la interpretación del artículo 40.3 ET, ha venido a señalar que el desplazamiento temporal al que se refiere –a diferencia del traslado– puede ser acordado unilateralmente por la empresa, sin que sea necesaria la conformidad de la autoridad laboral, y una vez decidido, adquiere carácter ejecutorio, por lo que debe ser atendido por el trabajador que, al margen de las acciones que pueda ejercitar contra la decisión, está obligado a acatarla, incurriendo en desobediencia en caso contrario (STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 1995). La reiterada negativa a obedecer las órdenes de desplazamiento unido a una persistente conducta de rebeldía, es de tal gravedad que debe

incardinarse en el artículo 54.2.b), sin que sea posible minorar sanción impuesta en aplicación de la doctrina gradualista, pues la indudable mala intención existente en la actuación, es de tal importancia que debe acarrear la sanción más grave que puede imponerse en el ámbito laboral y que no cabe devaluar en aplicación del aludido criterio gradualista, al no constar circunstancia alguna que justificase que, en su actuación, existiera un error involuntario, o un desconocimiento de la conducta vulneradora, que hiciera desproporcionada la sanción impuesta, cuando, por el contrario, resulta probada que las negativas al desplazamiento se hicieron, de forma reiterada, y teniendo conciencia de que vulneraba el deber de obediencia".

A las *ofensas verbales o físicas* dirigidas al empresario, a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos [art. 54.2.c) ET] hace referencia la **STSJ de Murcia de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 2969 (recurso 1342/2001) que considera un incumplimiento contractual muy grave que justifica el despido "los desagradables e injustificados malos tratos de palabra a compañeros de trabajo y falta de consideración a la empresa". Y aun cuando acepta que el trabajador se encontraba "en fuerte situación depresiva, no existe prueba alguna de que dicha patología psíquica causare disminución de las facultades intelectuales con intensidad bastante para que (...) sin motivación provocadora, fuera incapaz de contener sus impulsos ofensivos".

Al *acoso sexual* en el trabajo se refiere la **STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2001,** I.L. J 3336. Declara la procedencia del despido de un trabajador que con su actitud hizo que "la trabajadora, sujeto pasivo, del mismo se sintiera agredida en su libertad sexual y dignidad personal" al decirle "en voz baja y al oído 'eres una tía fantástica' 'una tía estupenda', y seguidamente se le acercó por detrás y la apretó con su cuerpo contra el mostrador. Ella le dio un codazo y él se apartó". Determina que "dicho modo de actuar, objetivamente considerado, es lo suficientemente grave, ofensivo, desconsiderado y susceptible de crear un ambiente hostil y desagradable (...) que puede encuadrarse en la figura del acoso sexual, de las ofensas verbales y físicas, pues (...) no puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes, que en este caso tienen como destinataria una mujer, en las que se trata como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal". (*Vid.* VI.3.)

De *la trasgresión de la buena fe contractual,* así como al *abuso de confianza* en el desempeño del trabajo [art. 54.2.d) ET] motivadora del despido se ocupa la **STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 2807. Contempla el supuesto de una trabajadora de un centro comercial que fue descubierta cuando había pesado y marcado incorrectamente el precio de varios productos y llevaba otros productos (no pasados por caja) en su poder. Considera la Sala que "tal actuación es encuadrable en la tipificación de 'venderse' productos sin pagarlos, o haciéndolo insuficientemente, y ello supone una vulneración de la buena fe contractual sancionable con despido. [*Vid. supra* VI.3.A).]

La **STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2921 (recurso 2899/2001) confirma la procedencia del despido disciplinario de un trabajador que procedió a *descargar de Internet* y a *visualizar ficheros de contenido pornográfico mientras se encontraba en su puesto de trabajo,* "utilizando a tal fin su clave personal de acceso al ordenador, cuya utilización le había asignado la empresa".

Para la Sala:

> "(...) Resulta absolutamente intrascendente el contenido de los ficheros descargados y visualizados, ya que lo único realmente trascendente es que el demandante se dedicara en plena jornada laboral, utilizando los medios que le había asignado la empresa demandada para su trabajo y obligándolo con ello a un injustificado gasto de consumo telefónico, a fines estrictamente personales, sean de la índole que sean, pornográfico, deportivo, cultural, religioso o artístico o de cualquier otra índole, los cuales nada tenían que ver con el desempeño de las funciones derivadas de su puesto de trabajo. (...) tal infracción adquiere especial gravedad por las características específicas del puesto de trabajo del actor, dentro del Departamento de operaciones, el cual exige una disponibilidad permanente de los equipos informáticos, a través de los que se han de poder recibir en todo momento las incidencias relativas a cambios de ruta de los aviones y tripulaciones, las cuales deben resolverse de inmediato." [*Vid. supra* VI.3.A).]

La **STSJ de Murcia de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 2970 (recurso 1231/2001) justifica la procedencia del despido de un trabajador de una entidad bancaria que "realiza una disposición, mediante la firma de dos *reintegros con cargo a la caja de la entidad bancaria,* de la suma de 750.000 pesetas, al parecer, destinadas a financiar la publicación de un libro del que era autor su hermano, careciendo de autorización suficiente". Hecho que para la Sala, por sí solo, justifica la procedencia del despido.

La **STSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 2001,** I.L. J 3080, declara la procedencia del despido de un *empleado de RENFE,* Factor de Circulación de Estación, que sustrae el dinero procedente de la venta de billetes. Las funciones del trabajador consistían en "atender a la venta de billetes (y) dar salida a los trenes"; y "al final de la jornada" debía depositar el dinero recaudado previa su introducción en un sobre de modelo oficial, tras cumplimentar una hoja (identificativa) de control. "El trabajador el 10 de diciembre de 2000, finalizada su jornada (...) rellenó la hoja y sobre mencionados pero 'no (lo) introdujo (...) con el dinero de la recaudación por importe de 112.885 pesetas en la caja (...)', 'llevándoselo consigo' (...) 'metido entre las hojas del periódico'; tras anotar su 'falta' en el documento de 'control'".

La consecuencia jurídica del "incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación (...) no puede ser otra que la de ratificar la procedencia (...) ante la gravedad y culpabilidad del hecho sancionado; de tal manera que habiendo alcanzado el Juzgador (por una eficaz vía 'presuntiva' –*ex* SSTS de 1 de julio y 11 de noviembre de 1986– no combatida por el adecuado cauce del artículo 191.b) LPL –SS de la Sala de 31 de octubre de 1991, 29 de enero de 1993, 19 de octubre de 1995, 23 de abril de 1999, y 13 de febrero de 2001– una conclusión favorable a la existencia de un *animus* apropiatorio por parte del Agente (razonablemente deducido de la indebida 'retención' de la cantidad recaudada bajo su profesional responsabilidad) sólo como falta muy grave puede ser aquél calificado (y así lo estima –en un supuesto similar– la STSJ de Madrid de 31 de marzo de 1998, previa cita del art. 459.11 del X Convenio que considera (...) faltas muy

graves (...) Los robos, hurtos, estafas, apropiaciones indebidas o retención de fondos con ánimo de lucro personal o a favor de terceros".

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3170, confirma la procedencia de la medida extintiva en un supuesto en el que el *trabajador trasgrede la buena fe contractual, consistente en cobrar comisiones por la información necesaria*, para la adjudicación de piezas por proveedores por un importe total de unos 21 millones de pesetas, "unos tres millones de pesetas en cada ocasión", (...) realizando reiteradamente gestiones "con un determinado proveedor de la empresa para la que presta sus servicios, facilitándole datos con los cuales la oferta realizada por el mismo tenía garantizado el éxito, más aun cuando dicho proveedor, de acuerdo con el demandante, presentaba otro presupuesto de otra empresa o con nombre de otra empresa con condiciones más desfavorables y no ajustadas a las necesidades de la demandada, lo que aseguraba su rechazo". A juicio de la Sala tal proceder se realiza "en perjuicio de su empresa y en su propio beneficio, en el libre juego de la oferta y la demanda, y lo ha hecho utilizando para ello datos de los que por razón de su actividad laboral conocía, de los cuales ha dispuesto para un fin reprobable, de forma solapada, (...) abusando de la confianza en él depositada y transgrediendo en su esencia al principio de la buena fe que ha de presidir toda relación laboral, razones por las cuales su conducta tiene que ser considerada como muy grave y merecedora del despido que por la demandada se ha decidido".

Respecto al plazo de prescripción de tales faltas, recoge el criterio unificado que el Tribunal Supremo viene manteniendo de forma constante (Sentencia de 26 de marzo de 1991) "la prescripción larga –la de los seis meses desde la comisión de la falta– ha de computarse, en aquellos casos en que ha existido una ocultación de los hechos en que la infracción laboral consiste, también desde el momento en que la empresa tuvo conocimiento de la comisión de tales hechos, ya que el encubrimiento por el trabajador de su propia conducta tiende a mantener en la ignorancia a su empresa y este doloso proceder comporta que persista y continúe en el tiempo hasta que la empresa descubre y toma conocimiento de la comisión del hecho, ya que otra interpretación llevaría beneficiar al infractor amparando su conducta engañosa en el instituto de la prescripción".

La **STSJ de Extremadura de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3295 (recurso 540/2001) encuentra justificada la extinción del contrato de un trabajador que "*con plena conciencia y voluntad, con la finalidad de engañar a un cliente de la empresa y a esta misma* y para apropiarse del dinero que del engaño resultaba en seis ocasiones, plasmó la entrega de los productos en documentos (...) en los que hacía figurar productos que no había entregado pero que cobraba, para después, (...) confeccionar otro documento en el que reflejaba lo verdaderamente entregado, por un importe inferior a lo expuesto en el otro y cobrado al cliente, quedándose la diferencia entre ambas cantidades porque a la empresa sólo entregaba el correspondiente a lo servido en realidad".

Para la Sala la conducta, que "no puede deberse a un simple error" es "inequívocamente trasgresora de la buena fe contractual (...) sin que pueda acudirse para mitigar su gravedad ni a la antigüedad en la empresa ni a la relativamente escasa cuantía que pueda tener de lo que se apropió, pues (...) el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad es independiente del lucro personal o de la mayor o menor cuantía de lo defraudado".

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de octubre de 2001,** I.L. J 3402 (recurso 749/2001) confirma la sentencia de Instancia que declara la procedencia del despido de un *trabajador que hallándose en situación de incapacidad temporal realiza trabajos de albañilería* en una vivienda en construcción de su propiedad. Considera la conducta del trabajador un incumplimiento grave y culpable, trasgresor de la buena fe contractual, ya que "si el trabajador está impedido para consumar la prestación laboral a que viene obligado contractualmente, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, sea en interés propio o ajeno, máxime cuando su forzosa inactividad le es compensada económicamente por la Seguridad Social y, en su caso, por la empresa".

A la participación activa en huelga ilegal se refiere la **STSJ de Aragón de 22 de noviembre de 2001,** I.L. J 3173 (recurso 954/2001), que analiza el supuesto de *despido de un huelguista* que participó activamente en una huelga en la que se incumplió el plazo de preaviso "la empresa (...) lleva a cabo un servicio público, por lo que el plazo mínimo de preaviso era el de diez días", no siendo suficiente el plazo de cinco días con el que se preavisó "para permitir a la empresa y a los usuarios conocer con antelación suficiente la interrupción de la prestación del servicio". Además de ello, el trabajador, "no se limitó a interrumpir su prestación laboral durante el horario de huelga previsto (...) sino que con la intención de agravar los efectos de la huelga, fuera del horario de huelga anunciado (...) no desarrolló su prestación laboral, no entregando de 7:30 a 8:30 horas ni una sola carta de las que le encomendó la empresa, en perjuicio de la misma y de los usuarios del servicio público, sin que esta conducta del trabajador, sea escindible de la huelga ilegal en el marco de la cual tuvo lugar".

La **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 3276 (recurso 2107/2001) declara cumplido el requisito de forma de la *previa audiencia del sindicato* realizado el mismo día en que se comunica y efectúa el despido a un afiliado. En sentido contrario, la **STS de 16 de octubre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2334 (r.c.u.d. 3024/2000). (*Vid.* crónica anterior), unifica doctrina respecto a la comunicación remitida al delegado sindical sobre la intención de la empresa de despedir a un trabajador afiliado a su sindicato, el día antes de que el despido surta efectos con respecto al trabajador sancionado. En tal caso la Sala Cuarta resolvió en favor de la improcedencia del despido por considerar que el trámite se efectuó incorrectamente, habiéndose producido realmente una notificación y no una audiencia previa al delegado sindical.

Declara procedente el despido la **STSJ de Extremadura de 19 de diciembre de 2001,** I.L. J 3230 (recurso 3230/2001) respecto de una *trabajadora fija discontinua* que iniciada la campaña, no volvió a incorporarse al trabajo, "pese a que en varias ocasiones fue avisada a tal efecto".

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Un nutrido grupo de resoluciones corresponden a la declaración de improcedencia del despido basada en la **irregularidad en la contratación temporal:**

Al **contrato de interinidad** se refieren las siguientes resoluciones:

– La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de noviembre de 2001,** I.L. J 2656 (recurso 1896/2001) que resuelve la improcedencia del despido de una trabajadora al servicio de un Ayuntamiento. El contrato de interinidad se formalizó "para *cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción* para su cobertura definitiva". La Sala considera la extinción en fraude de ley, al amparar el contrato en una plaza inexistente.

Razona la Sala que:

> "en este caso el contrato de interinidad que celebraron las partes, carecía de causa objetiva que justificara el válido acogimiento a tal modalidad contractual, y ello por venir referida a plaza que en el propio acuerdo de amortización se reconoce que era inexistente en la plantilla de personal; pudiera discutirse que una vez iniciado el proceso de creación de una plaza y ante la necesidad de su cobertura inmediata se celebre un contrato de tal tipo, pero en este caso no consta en absoluto que se iniciara trámite alguno para la creación de la misma desde la contratación de la actora que data de junio de 1998, y ello evidentemente conlleva fraude de ley al amparar una contratación temporal en causa inexistente y con una finalidad completamente contraria a la norma; ese fraude implica que el contrato era nulo ab initio y que debe de tener la consideración de indefinido aunque no fijo de plantilla, que es lo que se declara en instancia, pronunciamiento que por ello se confirma".

– La **STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 2936 (recurso 4726/2001) declara la improcedencia de la extinción de un contrato de *interinidad por sustitución,* ya que a la fecha del cese, no se había producido la reincorporación de la trabajadora sustituida. Limita los efectos de la improcedencia extintiva a las cantidades correspondientes hasta la fecha de reincorporación de la trabajadora sustituida.

– La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de noviembre de 2001,** I.L. J 2790 (recurso 709/2001) resuelve sobre la calificación de la extinción de un *contrato eventual* formalizado con la Entidad pública empresarial de correos y telégrafos, con motivo de la adjudicación de su puesto a otro trabajador de la empresa por motivos de readaptación laboral. Considera la Sala que la duración del contrato será, como se determina en el contrato, por el tiempo que dure el proceso de selección o promoción, y al no haberse producido ninguno de estos dos supuestos la extinción del contrato es improcedente.

– La **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de septiembre de 2001,** I.L. J 3386 (recurso 1094/2001) califica como improcedente la extinción de un contrato de *interinidad* con una Diputación provincial, y señala que el contrato de interinidad no cesará "en tanto no se cubra definitivamente la plaza vacante por el personal que acredite haber superado el correspondiente proceso de selección; de suerte que si el proceso selectivo concluye sin que la plaza vacante ocupada por el interno se cubra, el trabajador interino permanecerá en su puesto, con el mismo carácter de interinidad, en tanto que por otro proceso selectivo se cubra la vacante".

Declaran la improcedencia del despido con motivo de la conversión en indefinido como sanción al **fraude en el contrato por obra o servicio determinado:**

– La **STSJ de Asturias de 9 de noviembre de 2001,** I.L. J 2669 (recurso 1319/2001) respecto del cese de un trabajador con contrato para obra o servicio determinado, por *finalización de obra*. Para la Sala en el contrato no se cumple el requisito de identificación suficiente, precisa y clara de la obra, ni tampoco existe en el proceso constancia del fin de la obra. Tales vicios avalan la declaración de improcedencia del despido.

– La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 15 de octubre de 2001,** I.L. J 2748 (recurso 657/2001) analiza un supuesto de contrato temporal en el *que no hay causa que ampare la temporalidad*. El actor fue contratado para la realización de una obra o servicio determinados, "consistente en la realización de 500 toneladas de perfiles de aluminio, desde el 1 de octubre de 2000 hasta el fin de la obra, debiendo tomarse en consideración que la empresa para la que prestaba servicios, tiene como actividad la de construcción de perfiles de aluminio. Por lo tanto, al ser la actividad propia de la empresa aquella para la que fue contratado el actor, no existe causa alguna que ampare la celebración de un contrato temporal para la realización de una obra o servicio determinados, por lo que la causa es ilícita, tal como ha establecido el TS en Sentencia de 14 de junio de 1990 y, en consecuencia el finiquito no tiene valor liberatorio". [*Vid. supra* VI.2.A).]

– La **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2001,** I.L. J 3001 (recurso 836/2001) analiza el cese de un trabajador con *contrato de obra o servicio determinado* para una empresa de limpiezas, que consignaba como causa de la temporalidad una adjudicación de contrata de limpieza. La extinción constituye para la Sala un despido improcedente ya que tras la suscripción del contrato temporal, el trabajador, a la conclusión de la primera contrata y sin solución de continuidad "continuó prestando servicios durante la vigencia de la segunda".

– La **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2001,** I.L. J 3045 (recurso 1251/2001) declara la improcedencia de la extinción de un *contrato de obra o servicio* con categoría de entrevistador-encuestador formulado con el INE por entender que "el contrato temporal fue concertado en fraude de ley,", así como que "la actividad contratada no tiene autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad normal de la empresa, sino que constituye la actividad ordinaria de la entidad demandada".

– La **STSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2001,** I.L. J 3191, resuelve la improcedencia de *unos contratos de obra o servicio determinado* para un Ayuntamiento. Habiéndose acordado previamente a la suscripción de los contratos el cierre del matadero municipal, se limitó la duración de los contratos a la apertura de un nuevo matadero comarcal y el Ayuntamiento adscribió a los trabajadores a la brigada de obras, realizando éstos labores de Construcciones en general, jardines y mantenimiento. Considera la Sala que los contratos se han realizado "en fraude de ley (...) al perseguir un resultado de temporalidad prohibido por el ordenamiento jurídico" y porque carecen de autonomía y sustantividad propia.

– La **STSJ del País Vasco de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3150 (recurso 2406/2001) declara la improcedencia de la extinción del *contrato de trabajo para obra determinada* por considerarlo "en fraude de ley".

la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2663 (recurso 1963/2001) enjuicia el supuesto de un contrato formalizado cuyo objeto fue la atención personalizada de un religioso enfermo. El contrato sufrió una *novación posterior* pasando a ser objeto de asistencia otros religiosos enfermos o con necesidades de ayuda, uno de ellos en forma continua y otros coyuntural. La situación era conocida y consentida por la representación de la Comunidad religiosa. La Sala revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido producido con motivo del fallecimiento del religioso para cuyos cuidados se suscribió el contrato originario, al no concurrir tal causa extintiva, por haberse producido tal novación.

Determina la Sala que:

> "es obvio que el agotamiento del primitivo objeto contractual no determinó la extinción del vínculo, ya que se seguía prestando la asistencia a otros destinatarios que eran atendidos por la actora además del P. Vitorino T., y por ello la resolución contractual acordada unilateralmente, sin concurrir la causa legal extintiva, ex art. 49.1.c) del Estatuto ha de calificarse de despido improcedente con las legales consecuencias inherentes".

La **STSJ de Extremadura de 14 de noviembre de 2001,** I.L. J 2827 (recurso 539/2001) analiza un supuesto de *contratación irregular sucesiva* con el INSALUD. Se trata de tres contratos sucesivos por acumulación de tareas, todos ellos sin solución de continuidad. En ellos, la actividad del trabajador consistía en "la que había de realizar el productor cuyo puesto se encontraba vacante y que no había sido sustituido". Recuerda la Sala que la selección del personal temporal se encuentra sujeta al imperio de la Ley, "representada por la Ley 30/1999, de 5 de octubre. Concretamente el artículo 7 de esta Ley gira bajo la rúbrica: "Selección de personal temporal", y su punto 3 establece los distintos nombramientos de personal temporal; de interinidad, de carácter eventual o de sustitución. El nombramiento de carácter eventual –punto 5– se expedirá "cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria". Señala que, El INSALUD "ningún esfuerzo hace para determinar la naturaleza de los servicios para los que fue contratado el actor, mientras que, por el contrario, queda acreditado (...) que la actividad del trabajador recurrido era la que había de realizar el productor cuyo puesto se encontraba vacante y que no había sido sustituido".

Se reproducen en la sentencia las conclusiones realizadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, de 11 de mayo de 1999 que determina:

> "1. El personal estatutario de la SS no está vinculado por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación se insertó en una clara condición de derecho público, de modo que es indiscutible la similitud de este personal y el funcionario de las Administraciones Públicas (Sentencia de 14 de octubre de 1996). 2. La estabilidad en el empleo, propia de la

relación funcionarial, es predicable también para el personal estatutario, tanto en propiedad como interino. Ello conlleva que no es posible extinguir la relación por mera voluntad de las Entidades Gestoras, sino que la misma debe estar amparada en la normativa que lo autorice (Es relevante, al efecto, que incluso en materia sancionadora no es competente la jurisdicción laboral). 3. De ahí deriva que la institución del despido disciplinario no pueda, sin más, ser asumida en la relación estatutaria. Así, la opción por la indemnización, que en ocasiones sirve para encubrir la arbitrariedad determinante de un despido improcedente, no es aceptable respecto del personal estatutario, pues en este ámbito toda arbitrariedad, constitucionalmente ha de estar erradicada. 4. El nombramiento y el cese, como actos administrativo, deben estar sometidos al amparo de la Ley; ello implica que todo cese ilegal deba calificarse de nulo conforme al artículo 6.3 del CC; lo que produce como consecuencia que la relación haya de restaurarse en las mismas condiciones que con anterioridad poseyese, sin posibilidad de sustituirla por el pago de una indemnización".

A la improcedencia de la extinción de **contratos temporales por acumulación de tareas** se refieren:

– La **STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3156 (recurso 2656/2001) declara la improcedencia de la extinción del contrato con la Administración Pública, en la fecha pactada, y procede posteriormente a contratar a un nuevo eventual para atender el mismo puesto y la misma acumulación de trabajo. Motiva su decisión en que:

"la parte empleadora es una administración pública empresarial, que contrata al personal temporal en atención a unas listas cuyo orden marca la preferencia para ser contratada (...) y ello quedaría inobservado si tras un período de contratación (...) la misma necesidad puntual de mano de obra quedara atendida mediante la contratación de otro trabajador con menor preferencia que el originalmente contratado. Este listado de trabajadores vincula a la parte empleadora tanto al comienzo como al final de la vigencia de los contratos temporales. Su inobservancia conduce, por lo expuesto, a la improcedencia de la extinción".

– La **STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2001,** I.L. J 2917 (recurso 4607/2001) estima la improcedencia de la extinción del *contrato temporal por acumulación de tareas,* ya que "es criterio decisivo en esta modalidad contractual –art. 15.1.b) del ET y art. 3 del RD 2720/1998– el carácter temporal, coyuntural u ocasional del trabajo, que aun formando parte de la actividad ordinaria de la empresa experimenta un incremento de tal naturaleza que trata así de afrontarse, y cuya duración máxima, de seis meses o la superior que se establezca en Convenio Colectivo, ha de estar comprendida en todo caso dentro de un período de 12 meses –o el superior que se fije en Convenio– contados, no desde el comienzo de la prestación laboral, sino desde el momento en que se produzca 'la causa o circunstancia que justifique la utilización del contrato eventual'".

Concluye la Sala que:"en el carácter irregular de la modalidad contractual elegida, pues concretada la causa que lo justifica en el incremento de llamadas "según contrato firmado entre Telefónica Servicios Móviles y UNITONO Servicios Externalizados el 1 de enero

de 1998", es claro que en la fecha de concertación del contrato de trabajo, el 17 de julio de 2000, había ya transcurrido, con exceso tanto el período de referencia de 12 meses a que aluden los arts. 15.1.b) del ET y 3.2.b) del RD 2720/1998, como el superior de 18 meses a que se refiere el Convenio Colectivo de aplicación, ya que en ambos casos el cómputo del período ha de iniciarse en la fecha en que se produzcan las circunstancias habilitantes del contrato, (...) por lo que resultaba razonable y proporcionado exigir de la empresa actividad probatoria suficiente dirigida a acreditar que existió un incremento inusual de su actividad "coincidente con el período temporal que permaneció vigente el contrato de trabajo objeto de litis".

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de octubre de 2001,** I.L. J 2754 (recurso 684/2001) declara la improcedencia de la extinción de un *contrato eventual por circunstancias de la producción* al no haberse dado cumplimiento al requisito de "identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique" y "en consecuencia la cláusula de temporalidad carece de validez, siendo en consecuencia el contrato de carácter indefinido".

La **STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3161 (recurso 2580/2001) declara la improcedencia de la extinción de un *contrato eventual* por superación de la previsión de su máxima duración de seis meses dentro de un periodo de doce.

La **STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2001,** I.L. J 3186, declara improcedente la extinción de una *relación fija discontinua* de una cocinera, con motivo de la falta de convocatoria de la trabajadora "para la reanudación de la prestación de servicios una vez reiniciado el curso escolar".

La **STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3064, declara la improcedencia y no la nulidad del despido de un trabajador motivado en su *enfermedad* que le llevó a una *situación de Incapacidad Temporal*. El trabajador exclusivamente trabajó durante los dos primeros meses del contrato, y por ello la empresa optó por la extinción del contrato en base a su "descontento por el bajo rendimiento" del trabajador. Recuerda la Sala, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo que "la enfermedad desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo (...) no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la CE (...) se trata simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador (...) situación que al no constituir una causa lícita de extinción del contrato de trabajo (*ex* art. 52 ET) determina la improcedencia del despido, no su nulidad".

A la **falta de entidad suficiente de las infracciones cometidas** se refieren diversas resoluciones que declaran la improcedencia de las extinciones.:

– La **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3076, declara la improcedencia del despido de un trabajador en un supuesto en el que la Sala *"no aprecia una especial gravedad y culpabilidad en los incumplimientos* declarados probados" en la sentencia de instancia, consistentes en "la omisión de efectuar un parte de incidencias por escrito", durante tres días, siendo habitual la emisión de los referidos informes tanto por escrito como verbal-

mente. Por ello, se considera excesivo pretender sancionar con el despido disciplinario tales incumplimientos puntuales.

– La **STSJ de Galicia de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3093, revoca la sentencia del Juzgado de lo Social y declara la improcedencia del despido por *no acreditarse suficientemente las imputaciones contra el trabajador,* ni tener la gravedad exigida para justificar el despido.

Respecto a la primera falta que se le imputa al trabajador, éste:

> "debe desplazarse desde el Hospital (...) hasta el Hospital (...), y en dicho desplazamiento se pueden invertir entre 15 o 20 minutos en cada viaje, y el hecho de incrementar levemente este período temporal, haciendo constar 60 minutos, en vez de 40, no se puede considerar a esa conducta desleal y fraudulenta y calificarse como falta muy grave, máxime cuando no hay constancia de que ese tiempo invertido por el trabajador al desplazarse entre ambos Hospitales, haya sido retribuido nunca por la empresa. (...) Respecto de la segunda falta imputada, relativa a la desaparición de cinco 'rejillas' del alcantarillado próximo al Hospital, en el turno del actor, sin que éste advirtiese dicha sustracción, y lo hiciese constar así en el parte de trabajo, tal como lo hizo su compañero que le prosiguió en el turno, dicha imputación resulta carente de fuerza sancionadora, por cuanto (de las actuaciones se desprende que alguna rejilla, al menos una, ya había faltado días antes, y sin embargo, no consta que ningún trabajador de la empresa lo hiciese constar en su informe de trabajo, imputándole al actor que todas las rejillas se sustrajeron en su turno, lo que no es así. Además, según los lectores de ronda, el actor pasó por última vez por el lugar a las 5,59 horas, a las 6,30 horas se produjo el cambio de turno, y el compañero que le sustituyó, advirtió la falta de cinco 'rejillas' a las 6,45 horas, por lo tanto entra dentro de toda probabilidad que las rejillas pudiesen haber sido sustraídas en ese espacio temporal que media desde la última ronda del actor, hasta la primera que realiza su compañero. (...) Al no quedar acreditado que la sustracción se produjo dentro del turno del actor, este concreto motivo de cese no puede ser constitutivo de ninguna falta imputable al mismo y lo mismo cabe decir respecto de los destrozos de material, rotura de un megatoscopio, puerta de un gimnasio, de tubos de neón, etc., imputándole al actor no sólo no haber hecho constar esos destrozos en los partes o informes de trabajo, sino incluso haber sido el propio demandante el autor de los mismos. Respecto de la autoría, en la sentencia recurrida ya se hace constar que no ha quedado acreditado que el actor sea el causante de tales destrozos, y que las meras sospechas no pueden desvirtuar la inocencia del actor. Ante todo conviene dejar sentado que según se desprende del examen de las actuaciones, las dependencias del Hospital están en estado de abandono, con muchos desperfectos y suciedad y consta igualmente que en muchas ocasiones no se hacían constar los desperfectos existentes en los partes de trabajo, posiblemente por ese estado de abandono en que se encuentra el Hospital, por tanto no se puede exigir al actor una conducta distinta de la exigida para el resto de los trabajadores que prestan servicios en el mismo Hospital. (...) Consta en las actuaciones, que se rodaron 'spots' en el indicado Hospital por la productora 'Portozás', y que al finalizar el rodaje quedaron puertas forzadas. Por tanto, tampoco estos hechos son atribuibles al actor, y no hacer constar los destrozos en el parte de trabajo, cuando habitualmente no se hace

> por el resto de los trabajadores, previsiblemente a la vista del estado de abandono en que se encuentra el Hospital, no puede constituir una falta justificadora del cese".

– La **STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3303 (recurso 4919/2001) basa la declaración de improcedencia del despido en "que *no ha existido proporción entre conducta y sanción* (...) haciendo la empresa una calificación grave en extremo y no atemperada a la realidad de los hechos y conducta del trabajador, consistente en (...) haber estado jugando e incluso haber realizado algún disparo con otros compañeros de trabajo con una pistola de aire comprimido".

Al *uso indebido del crédito horario sindical* se refiere la refiere la **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3078. Declara la improcedencia del despido del trabajador, miembro del comité de empresa, que utilizó el crédito horario sindical para realizar trabajos en otra empresa.

La Sala justifica el fallo en que: "se trata de un único día en que el trabajador utilizó su crédito de horas sindicales en beneficio propio para labores ajenas a sus funciones de representación, lo cual si bien supone una conducta reprobable e incluso merecedora de sanción, ésta no reviste, por su falta de habitualidad y continuidad, la gravedad suficiente como para que la sanción a imponer sea la máxima prevista en nuestro ordenamiento jurídico" (*vid. supra* VI.3).

A la *competencia desleal como trasgresión de la buena fe contractual,* justificadora del despido se refiere la **STSJ de Extremadura de 19 de diciembre de 2001,** I.L. J 3114 (recurso 614/2001). Declara el despido improcedente, por no revestir gravedad suficiente como para ser incardinada como causa justificativa de la decisión extintiva empresarial, ya que, como señala la Sala, "no basta que exista concurrencia en la misma actividad sino además es necesario que la misma sea desleal, para cuya determinación, es preciso atender a los elementos objetivos del relato histórico sin que pueda ni deba acudirse a conjeturas, ya que lo que se juzga es si la otra actividad de la empresa del trabajador revela una infidelidad en el servicio que presta al demandado o si la base de su actuación sean los conocimientos obtenidos en el trabajo en este último. Si esto no es así, no se produce quebranto del principio de buena fe, elemento básico de la contratación y necesario para que pueda prosperar el despido decretado".

Interpreta la competencia desleal en el sentido de que:

> "(...) en caso de pluriempleo, figura admitida, salvo en concurrencia desleal o el pacto de plena dedicación, ha de acreditarse la falta de fidelidad en el cumplimiento de las obligaciones impuestas, para que se estime un ejercicio abusivo de aquél. (...) La concurrencia implica una actividad económica o profesional de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo potencial de la de clientes (...) Lo característico de la falta laboral de competencia desleal es el elemento intencional revelador de una premeditada conducta laboral del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera un trabajo, sino que también facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego pretende utilizar en

su propio provecho y en desmérito o perjuicio de los intereses de la empresa. Para la existencia de la competencia desleal es necesario que concurran tres elementos: 1.– la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés; 2.– la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio, y 3.– que tal utilización redunde en desmérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa".

La **STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2001,** I.L. J 3180 (recurso 893/2001) analiza los efectos de *la falta de aportación a la empresa de los partes de baja* durante dos semanas, mientras persiste un período de Incapacidad temporal, en el que se iban presentando regularmente el parte de baja y posteriores de confirmación. Declara la improcedencia del despido ya que, "el retraso en cursar los partes facultativos consistirá en una infracción de tipo administrativo pero no puede enervar y destruir lo que es una realidad constatada (...) aunque no se cumpliera el término para dar cuenta a la empresa de la causa de la incomparecencia al trabajo no se dan los requisitos de gravedad, culpabilidad y reiteración de faltas sin justificación" que justifique el despido. No obstante, se considera procedente el despido "cuando no se hace entrega de los partes de baja en ningún momento, ni siquiera tardío, sino hasta el instante del juicio ante la Magistratura".

La **STSJ de Cantabria de 28 de noviembre de 2001,** I.L. J 3289 (recurso 921/2001) declara la improcedencia del despido de un trabajador que tras solicitar *excedencia para el cuidado del padre por un año,* y fallecido éste, no se reincorpora hasta trascurrido el plazo durante el que le fue concedida la excedencia. Niega la Sala la existencia de un "consentimiento claro e inequívoco del trabajador" de su voluntad de no incorporarse al trabajo, ya que éste "actuó en la creencia de que su situación de excedencia se prolongaba, no obstante, el fallecimiento de su familiar, a lo largo del plazo de un año fijado en su concesión".

En relación al uso de *útiles informáticos a través de Internet* y con alusión directa a la **STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2921 (recurso 2899/2001) (*vid. supra* VI.6), la **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3130 (recurso 4294/2001) analiza el despido de un trabajador que durante un período de nueve meses recibe o transmite 47 *mensajes de contenido no laboral,* contraviniendo las reiteradas órdenes recibidas por el Departamento de Informática. El despido se declara improcedente ya que para la Sala no es comparable el supuesto anterior y el analizado en esta sentencia, ya que en este caso "el trabajador, con independencia de que recibiese 47 mensajes, lo cual no puede evitar, sólo reexpidió tres, en un período de casi ocho meses, lo que en modo alguno puede estimarse como falta merecedora de la máxima sanción de despido disciplinario".

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

a) Readmisión

A la **readmisión irregular** como causa de extinción del contrato de trabajo se refieren diversas resoluciones:

– La **STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2920 (recurso 3395/2001) que estima el recurso de suplicación y declara la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización *ex* art. 56 del Estatuto de los Trabajadores. Para la Sala la justificación de la extinción se encuentra en que "si el actor hubiese sido plenamente restituido en la integridad de las funciones y condiciones que tenía antes del despido no habría necesidad alguna de reglamentar su trabajo, solicitando la emisión de unos informes imprecisos y sobre unas políticas empresariales desconocidas con cambios constantes de centro arbitrarios y contradictorios, que superan los límites del *ius variandi* y del poder organizativo empresarial, modificando la antigüedad de la nómina y cuestionando el Salario declarado probado. Todo ello evidencia si no aisladamente sí en su consideración conjunta una intención empresarial de presionar y agotar al trabajador y su poco interés en que continúe con sus funciones de Encargado General y Jefe de Personal. Si (...) se añade que la empresa ha perdido la confianza en el actor como expresamente se declara probado tras los conflictos jurídicos habidos resulta más que patente que la empresa no desea que el actor siga desempeñando las mismas funciones, que por ello no ha sido repuesto en idénticas condiciones y que dicha situación se trata de encubrir a través de una reglamentación supuestamente exhaustiva a la que se pretende revestir de aparentes funciones de Encargado General pero que, en suma, atentan a la dignidad del trabajador dada la categoría ostentada y los muchos años servidos a la empresa, colocándolo en una situación de descrédito, provocado por la empresa, ante el personal cuya Jefatura ostenta".

– La **STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2922 (recurso 4285/2001) declara extinguida la relación laboral de una trabajadora respecto de la que se produce una *reincorporación con variación de funciones y degradación personal*.

– La **STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 3091 (recurso 5538/2001) llega a la consideración de que el trabajador no fue readmitido en su puesto de trabajo. Reseña *que la comunicación de readmisión remitida por la empresa al trabajador "no respeta estrictamente lo dispuesto el en artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral* al no señalar concretamente la fecha en que debía producirse la readmisión"(...) "máxime cuando el actor habló con D. A., pidiéndole la llave de la nave y éste no se la facilitó ni le dio instrucciones de dónde había de incorporarse".

– Por el contrario la **STSJ de Castilla y León de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 2944 (recurso 2076/2001) declara que "la readmisión se ha producido, en la única forma en que podía hacerlo la empresa como consecuencia de la finalización del arrendamiento de servicios que tenía concertado (...) , destinándole a la localidad más próxima que podía hacerlo (...) lo que excluye cualquier posibilidad de trato discriminatorio".

A la *readmisión obligatoria* por despido improcedente se refiere la **STSJ de Aragón de 13 de diciembre de 2001,** I.L. J 3205 (recurso 1050/2001). Analiza la descentralización productiva o externalización y determina los límites de su lícito ejercicio. Declara la nulidad de las extinciones contractuales que examina al entender que ha existido un **fraude de ley en la contrata** concertada entre dos empresas, por aplicación del Acuerdo Marco que prevé la obligación de la empresa de readmitir a sus trabajadores en caso de extinción contractual fraudulenta ya que "produce los mismos efectos que la nulidad".

Para la Sala existe:

> "un fraude de ley, pues si bien la contratación de obras correspondientes a la propia actividad es en principio lícita, *ex* art. 42 del ET, ello exige que la empresa contratista tenga lo que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 27 de octubre de 1994 denomina una posición empresarial real: que se trate de una verdadera empresa, dotada de sus propios medios materiales y humanos, organizados para la producción de bienes o servicios".

b) La indemnización: cuantía y cálculo

La **STSJ de Baleares de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3120 (recurso 599/2001) señala la fórmula a utilizar para calcular la indemnización por despido improcedente, respecto de los períodos de tiempo inferiores al año y concreta que "la fórmula que suele utilizarse de 3,75 días por mes cabe aplicarla proporcionalmente a períodos inferiores".

Analizan la **antigüedad** a efectos de la determinación de la cuantía de la indemnización por despido improcedente diversas resoluciones:

– La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 12 de noviembre de 2001,** I.L. J 2792 (recurso 727/2001) analiza el criterio para determinar el cómputo de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización oportuna en un despido improcedente, cuando se ha producido una *contratación temporal sucesiva sin solución de continuidad*, y siguiendo el criterio ya unificado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, fija el inicio de la primera de las relaciones laborales como *dies a quo* para su cálculo.

> "El tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1.a) ET sobre la indemnización de despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma. Tal solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando (...) entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido, tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos. La doctrina del cómputo efectivo del tiempo de trabajo en la empresa en supuestos de sucesión ininterrumpida de dos o más contratos de trabajo ha sido mantenida por esta Sala del TS en numerosas sentencias. Una formulación general de la misma se encuentra en Sentencia de 17 de enero de 1996. En la Sentencia de 12 de noviembre de 1993 se aplica, a falta de norma o pacto en contrario, al complemento de antigüedad. En la Sentencia de 10 de abril de 1995 se aplica a una cláusula contractual de no reconocimiento de la antigüedad acumulada en contratos temporales, negando su validez, y en una reciente Sentencia de 16 de marzo de 2001, se aplica también al cálculo de la indemnización de despido en un supuesto en el que la relación de trabajo había atravesado distintas fases por cambio de titularidad de la empresa. Esta doctrina del cómputo efectivo del tiempo de trabajo en la empresa en supuestos de sucesión ininterrumpida de distintas situaciones contractua-

les, sostenida también para el personal sanitario interino de la SS en Sentencia de 13 de octubre de 1998, es la que corresponde aplicar en el presente asunto."

– La **STSJ de Valencia de 26 de julio de 2001,** I.L. J 2992 (recurso 1954/2001) también fija la antigüedad a efectos de cómputo de indemnización, *computando todo el transcurso de la relación contractual de trabajo,* en un supuesto en el que la interrupción de los sucesivos contratos coincidió con el período vacacional de agosto; "por lo que la extinción contractual operada el 31 de julio de cada año y la suscripción de un nuevo contrato el 1 de septiembre es un dato meramente formal, pues la relación se mantuvo ininterrumpida materialmente desde la primera contratación hasta que les fue comunicada la extinción definitiva del contrato de trabajo (...) es decir, disfrutaba de sus vacaciones reglamentarias, reincorporándose a su puesto de trabajo el primero de septiembre al igual que sus compañeros".

– La **STSJ de Galicia de 20 de diciembre de 2001,** I.L. J 3092 (recurso 5808/2001) analiza el supuesto de una *relación laboral precedida por una relación civil de mandato,* a efectos de antigüedad para la determinación de la indemnización de un despido improcedente. Considera que "el período de tiempo (...) en el que (el trabajador) ha mantenido relaciones de mandato con la empleadora, y en aplicación de la doctrina jurisprudencial (...) no puede ser considerado como de prestación de servicios de carácter laboral, ni por tanto, computado a efectos de antigüedad".

– La **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 3199 (recurso 2164/2001) fija el cómputo de la antigüedad en el inicio de la relación laboral con la empresa anterior en la que la trabajadora prestaba sus servicios previamente a producirse la *subrogación empresarial* en un supuesto en el que la trabajadora firma la baja voluntaria con la empresa saliente y firma nuevo contrato con la empresa entrante. "No es lícito que voluntariamente extinga un contrato de trabajo con el empresario saliente de un centro de trabajo y concierte una nueva relación, similar con el empresario entrante (...) El fraude de ley está en la propia conducta del trabajador que (...) realiza una conducta aparentemente ajustada a derecho."

– La **STS de 21 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 3373 (r.c.u.d. 4189/2000) unifica doctrina en torno a la determinación de la indemnización procedente en un despido improcedente. Tratándose de un despido colectivo cuya autorización es declarada nula por sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Considera como duración de la relación laboral a tal efecto todo el tiempo transcurrido entre la fecha del despido colectivo y la sentencia de lo contencioso, declarando la nulidad de la resolución administrativa que autorizaba la extinción del contrato.

Para la Sala:

> "la solución es, en definitiva, similar a la que inspira el régimen común del despido, en el que los Salarios de tramitación se conciben también como una indemnización [artículo 56.1.b) del ET] y por ello, debe concluirse que el artículo 19.2 del RD 696/1980 no excluye la reparación –lo que hubiera sido una decisión *ultra vires,* dado el rango de norma–, sino

que se limita a aclarar que ésta no se realiza por la vía automática del artículo 56.1.b) del ET y esta diferencia entre las dos regulaciones consiste en que mientras en el régimen común del despido hay aplicación automática de los Salarios de tramitación, salvo prueba por el empresario de la percepción de otro Salario equivalente, en los despidos colectivos esa aplicación automática no se produce, aunque la reparación de los perjuicios pueda producirse por la vía de la indemnización cuando se acredite su existencia. El distinto régimen jurídico se funda, sin duda, en las diferencias que las dos formas de despido presentan tanto en la adopción de las decisiones extintivas, como en su impugnación, pero no afecta a la exigencia de reparación de los perjuicios derivados de un despido colectivo cuando éste se anula por el orden jurisdiccional competente. Ahora bien, en el caso del reconocimiento del tiempo "extinción provisional" como tiempo de servicio, la reparación ha de producirse directamente, considerando ese tiempo de la extinción anulada como tiempo de servicio, y es lógico que el empresario tenga que soportar el coste de esa medida, pues, en definitiva, él fue quien tomó la iniciativa de una extinción que ha sido declarada ilícita por sentencia firme y que no debe gravar la esfera patrimonial del trabajador".

La **STS de 11 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2868 (r.c.u.d. 1817/2001) precisa en unificación de doctrina el criterio para el cómputo de la indemnización, en el supuesto de una trabajadora que ha sido improcedentemente despedida, y que en la fecha de la extinción realizaba jornada reducida por cuidado de hijos. Establece el Tribunal Supremo la necesidad de fijar el Salario a efectos de indemnización el obtenido en base a la jornada laboral completa y no a la reducida. Y ello porque "el criterio de que el Salario a tener en cuenta en los casos de despido es el realmente percibido por el trabajador en el momento del despido 'es una regla general frente a la que caben excepciones' (...) Una de esas excepciones es, cabalmente la que concierne a los supuestos de jornada reducida por guarda legal".

La **STS de 17 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2884 (recurso 1348/2001), unifica doctrina, respecto del criterio de *elección del convenio colectivo aplicable* para llevar a cabo el cálculo de la indemnización que proceda por despido improcedente, y que consiste en que "para decidir sobre la aplicación o inaplicación de (un) convenio colectivo (...) hay que atender prioritariamente a la actividad real de la empresa, mejor que a la dedicación que figure en los estatutos sociales".

c) Salarios de tramitación

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3252 (recurso 2119/2001) determina que la reducción cuantitativa en el pago de los Salarios de tramitación, sólo puede lograrse, "*demostrando* no sólo *que el trabajador ha prestado servicios* en otra empresa, sino *además lo que por tales servicios haya percibido*".

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 2775 (recurso 480/2001), declara la limitación en el pago de los Salarios de tramitación a la fina-

lización del contrato temporal de obra o servicio, en un despido improcedente, ya que éstos *no podrán "exceder más allá del plazo de ejecución acordado para el servicio referido"*.

La **STSJ de Valencia de 26 de julio de 2001,** I.L. J 2994 (recurso 1839/2001) falla en contra de la limitación en el pago de los Salarios de tramitación en un caso de *oferta empresarial no efectuada en forma,* ya que ésta incluye de una forma global el Salario y finiquito "pues introduce en la posible conciliación un elemento distorsionador de la misma, en cuanto se adiciona a la discusión objeto de litigio, exclusivamente relacionada con el despido, una cuestión nueva y ajena a dicho objeto, respecto de la cual no se le puede exigir a la contraparte ninguna actitud de aceptación o rechazo, dada la indefensión que ello le produciría en relación con aquel otro posible litigio sobre los Salarios pendientes de pago".

Tampoco opera la limitación en el pago de los Salarios de tramitación en el supuesto analizado por la **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3261 (recurso 2218/2001), ya que *la diferencia entre lo consignado y lo debido, no se trata "de un mero error,* una simple disidencia más o menos lógica entre las partes", sino de una "insuficiencia notable en el ofrecimiento y en la consignación".

La **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3301 (recurso 4661/2001) concreta los requisitos necesarios para considerar cuándo procede la *interrupción de los Salarios de tramitación* y su finalidad. Asimismo niega tal limitación en el supuesto analizado "al ser inferior al que correspondía, el ofrecimiento económico efectuado por la empresa en conciliación".

Se exige para que opere tal limitación, que se cumplan:

> "los siguientes requisitos: 1) Que la opción entre readmisión e indemnización corresponda al empresario. 2) Que reconozca la improcedencia del despido. 3) Que además ofrezca la indemnización correspondiente. 4) Que los anteriores reconocimiento y ofrecimiento se produzcan en el acto de la conciliación previa, y 5) Que deposite la indemnización en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación. Este precepto, (...) claramente persigue obtener una doble finalidad: a) un beneficio para la patronal y b) un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, evitando pleitos innecesarios. Esta última finalidad efectivamente se logra cuando el trabajador no tiene más pretensiones que las reconocidas por el empresario en el acto de conciliación previa al proceso, ya que es evidente que de la tramitación del mismo nunca podrá obtener más de lo ofrecido en aquel acto, pero, en modo alguno, el precepto limita el acceso de los trabajadores a la jurisdicción, (...) en aquellos casos en los que éstos tienen cualquier pretensión relativa al despido diversa de las reconocidas por el empresario, nada les impide acudir a los Tribunales planteándola en la demanda y obtener finalmente una respuesta judicial".

La **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3325 (recurso 1369/2001) determina que *"durante la situación de incapacidad temporal (...) no se devengarán Salarios de trámite,* que son incompatibles con el subsidio de incapacidad temporal".

La **STS de 19 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2894 (r.c.u.d. 2319/2000) determina en unificación de doctrina el *límite de la garantía asumida por el Fondo de Garantía Salarial,* en un supuesto en el que el trabajador había percibido del Fondo el importe correspondiente a 44 días de Salario (equivalente al doble del SMI), y pretende en fase de ejecución de sentencia cobrar los 115 días de Salario de tramitación que le adeudaba la empresa.

Recuerda el Alto Tribunal que:

> "el Fondo de Garantía Salarial abonará a los trabajadores el importe de los Salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, y (...) que se considerará Salario la cantidad reconocida como tal en el acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como la indemnización complementaria por Salarios de tramitación que en su caso acuerde la jurisdicción competente, sin que el Fondo pueda abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el duplo del Salario mínimo interprofesional diario por el número de días de Salario pendiente de pago, por un máximo de 120 días (...) por lo que lo abonado conjuntamente no debe superar el máximo legal de 120 días".

La **STSJ de Cantabria de 5 de diciembre de 2001,** I.L. J 3099 (recurso 963/2001) fija como *plazo de prescripción para reclamar los Salarios de trámite* "el plazo largo fijado por el artículo 277.2 de la LPL" que es el de los tres meses siguientes a la firmeza de la sentencia, y no desde la fecha de la sentencia. En similares términos se manifiesta la **STSJ de Baleares de 5 de noviembre de 2001,** I.L. J 3175 (recurso 490/2001) añadiendo que la prescripción exige "previa alegación de parte interesada".

d) Otras consecuencias de la improcedencia del despido

La **STS de 11 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2866 (r.c.u.d. 494/2001) falla la imposibilidad de proceder judicialmente al *lanzamiento de la vivienda ocupada* por un trabajador, cuya relación laboral se ha extinguido por despido declarado improcedente, cuando la sentencia no contiene antecedentes o pronunciamientos sobre la ocupación y causa justificativa del disfrute de la vivienda por el trabajador despedido.

Unifica doctrina al respecto destacando que:

> "si, en (el) proceso (por despido) no se ha alegado la ocupación de vivienda por razón del contrato de trabajo y la sentencia no contiene, por ello, antecedente alguno al respecto, ni, por no haber sido planteada, ha podido examinar y decidir sobre la concurrencia de las circunstancias referidas y sentar la correspondiente conclusión, sobre la causa justificativa del disfrute de aquélla, el desalojo de la vivienda sólo podrá obtenerse, en su caso, instándolo, con base en la resolución que declaró extinguida la relación laboral, en un nuevo proceso en el que, previa audiencia de las partes y aportación, si fuere preciso, de cuantos medios de prueba puedan asistirles, se examine y resuelva sobre su ocupación y si el título que

habilita el disfrute es el contrato de trabajo, siendo competente, para el conocimiento y decisión sobre esta materia, la jurisdicción del orden social".

La **STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2928 (recurso 2202/2001) resuelve sobre los efectos que la extinción improcedente de un contrato tiene sobre un *plan de pensiones de carácter no contributivo.* Para la Sala "las aportaciones de la empresa no generan ningún derecho sino una simple expectativa". Por ello, "es incuestionable que al cesar la relación laboral por despido, debidamente indemnizado, el que ya no es trabajador ha causado baja automática también como partícipe y beneficiario de un Plan de Protección que únicamente subvenciona la empresa con sus aportaciones".

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación

Nuestro ordenamiento sanciona con la nulidad aquellos despidos producidos dentro de los períodos de protección que abarcan desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del permiso por maternidad. Reconocen la existencia de discriminación diversas resoluciones como la **STSJ de Aragón de 26 de diciembre de 2001,** I.L. J 2966 (recurso 3395/2001). Declara la sentencia la nulidad del despido de una trabajadora "a la que hasta entonces no se había efectuado reproche laboral alguno, a la que se había hecho fija y mejorado poco antes, de modo voluntario, la retribución; *adoptándose la decisión extintiva a los tres días de comunicar su embarazo,* reconociendo la empresa inmediatamente la improcedencia de su determinación".

La **STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2001,** I.L. J 3338, declara la nulidad del *despido practicado durante el período de prueba de una trabajadora que comunica a la administradora de la sociedad su embarazo*". Considera la Sala el despido discriminatorio por razón de sexo "que no puede entenderse legitimado por la libertad con la que cuenta el empresario para decidir o no la renovación de un contrato de trabajo"(...) "el uso de la facultad rescisoria no puede hacerse valer en contra de un Derecho Fundamental; no cabe pues considerar la facultad de desistimiento como absoluta". [*Vid.* VI.2.A)].

A la *garantía de indemnidad* se refiere la **STSJ de La Rioja de 20 de diciembre de 2001,** I.L. J 2981 (recurso 238/2001). Analiza el despido disciplinario de un trabajador de una empresa de seguridad que realiza ilícitos que para la Sala serían suficientes para justificar la procedencia del despido. No obstante ello, la Sala acuerda la nulidad ya que la empresa adopta la medida extintiva una vez conocida la reclamación interpuesta por el trabajador. Considera que "el despido del actor ha de considerarse nulo por atentar contra su derecho a la indemnidad, es decir, a no ser represaliado por ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución (...) La garantía de indemnidad pretende así evitar que el ejercicio de una acción judicial por un trabajador contra su empresario, lleve aparejada directa o encubiertamente una represalia que le perjudique en el ámbito de su relación laboral, pasando así dicha garantía a formar parte del entramado esencial de derechos fundamentales, que le deben ser respetados al trabajador

tras su incorporación a la empresa, por lo que en definitiva los Tribunales deben tutelar que por parte del empleador no se adopten medidas de represalia dentro de una relación laboral, como consecuencia del ejercicio por parte del trabajador de las acciones que pudieran corresponderle en defensa de sus intereses legítimos". En efecto,

> "aunque, (...) los actos realizados (...) eran lo suficientemente graves como para haber sido despedido; lo cierto es que dicha empresa tuvo conocimiento de los mismos en el mes de noviembre de 2000, y sin embargo nada hizo al respecto, ni siquiera amonestarle para que no volviera a repetirlos, y sin embargo dos días después de tener conocimiento de que el actor le reclamaba el pago de determinadas cantidades (...) es cuando decide despedir al mismo, sin que en esos días el actor realizara ningún acto irregular; lo que obliga a concluir que fue precisamente el conocimiento de la demanda presentada por el actor lo que impulsó a la empresa a despedirlo".

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 3237 (recurso 564/2001) revoca la sentencia de instancia que declaraba la improcedencia del despido y en su lugar declara la nulidad en un supuesto en el que para la Sala se evidencian "indicios más que razonables de que ha existido una *actuación vulneradora de un derecho fundamental, el de libertad sindical*" consistente en "un montaje dirigido a evitar que el actor obtenga la condición de representante". Motiva su decisión en que "lo que ha de probar el empresario no es sólo la existencia de una aparente causa de despido, sino también si la entidad de la misma permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímilmente dado lugar en todo caso a despido; (...) o si tratándose de otro trabajador, sin las connotaciones sindicales del actor, la empresa habría actuado de igual manera".

B) Distribución de la carga probatoria

La **STSJ de Aragón de 19 de noviembre de 2001,** I.L. J 2636 (recurso 993/2001) analiza un supuesto de rescisión de la relación laboral con *motivación antisindical*, en el que además se aducen *razones de indemnidad* por razón de anteriores conflictos entre las partes. Desestima el recurso interpuesto por la empresa ya que "la demandada, en modo alguno, ha cumplido con la carga de acreditar que la extinción contractual obedecía a una causa objetiva y razonable". Tanto la resolución dictada en primera instancia, como en suplicación estiman suficiente la prueba indiciaria, con lo que "el empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa resolutoria, desprovista de todo móvil atentatorio de derechos fundamentales".

Refiere la sentencia la doctrina constitucional existente en la materia, entre otras en las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, y 136/1996, de 23 de julio:

> "cuando se alegue que un despido encubre en realidad una extinción del nexo contractual lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, como serían en este caso los de libertad sindical y tutela judicial efectiva de la demandante (artículos 28 y 24 de la Constitución Española), incumbe al empresario probar que su decisión obedece a motivos razonables y

> ajenos a todo propósito atentatorio a tales derechos, produciéndose entonces un desplazamiento a este último del *onus probandi* si, se aportan indicios (falta de alta en la Seguridad Social al tiempo de reincorporación al trabajo, impago de Salarios, intervención de la Inspección de Trabajo y de la Autoridad Laboral, demandas ante los Juzgados de lo Social, requerimientos cruzados entre las partes, etc.) que generan una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato. Presente esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa resolutoria, desprovista de todo móvil atentatorio de derechos fundamentales, lo que en el supuesto de autos en modo alguno se ha conseguido, no habiendo cumplido la demandada, en definitiva, con la carga de acreditar que la extinción contractual obedecía a una causa objetiva y razonable".

La **STC de 18 de junio de 2001,** I.L. J 2767 (recurso 871/1997) desestima el recurso de amparo formulado por presunta *vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva,* derecho a la *no discriminación en el trabajo* y derecho a la *intimidad personal,* en un supuesto en el que la trabajadora no ha aportado indicios suficientes como para que se produzca la inversión de la carga probatoria. Concluye el Tribunal que "los hechos psicológicos sólo pueden probarse a través de hechos físicos y de los aquí presentados no cabe extraer, razonablemente y habida cuenta de los límites de nuestra jurisdicción, la existencia de una situación discriminatoria o lesiva del derecho fundamental"(...) "De la constatación de hechos probados no es posible deducir la existencia del hecho a probar: en este caso la existencia del acoso sexual alegado por la recurrente en amparo. El resultado es, pues, que, no habiéndose aportado indicios suficientes de la vulneración constitucional, no se produce la inversión de la carga de la prueba, de modo que el demandado venga obligado a probar la inexistencia del propósito lesivo del derecho fundamental."

Falla asimismo el Tribunal Constitucional la inexistencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva:

> "en lo que atañe a la resolución de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (...) dada la especial naturaleza del recurso en casación para la unificación de doctrina y la finalidad específica para la que está previsto legislativamente (STC 32/1994, de 19 de diciembre, FJ 2º; en el mismo sentido, entre otras, SSTC 183/1998, de 17 de septiembre, FJ 2º; 1/1999, de 8 de febrero, FJ 1º, y 107/2000, de 5 de mayo, FJ 2º), satisface el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la parte, por cuanto no se limita sólo a exponer razonadamente los argumentos por los que rechaza la existencia de una contradicción entre la Sentencia que se impugna y la que es propuesta como de contraste por la parte, sino que incluso acomete el análisis de la cuestión de fondo aportando, igualmente, su propia valoración de la prueba practicada, que llega a conclusión semejante a la que obtuvo el TSJ de Madrid. Por consiguiente tampoco cabe apreciar lesión alguna en dicha resolución del derecho a la tutela judicial efectiva".

La **STSJ de Navarra de 22 de noviembre de 2001,** I.L. J 2833 (recurso 416/2001) en un supuesto de despido que declara improcedente por no acreditar la supuesta violación de *derechos fundamentales.* Tanto la sentencia de instancia como de suplicación confirman que "la decisión empresarial no respondía a un ánimo discriminatorio, sino a la propia conduc-

ta de la trabajadora descrita en la carta de despido, que, si bien no reviste entidad suficiente para merecer una sanción tan grave como el despido, evidencia un motivo razonable, ajeno a cualquier conducta discriminatoria hacia la demandante". Respecto de la prueba indiciaria, se destaca la necesidad de distinguir entre indicios y meras sospechas.

Para el Tribunal:

> "la correcta interpretación sobre el alcance de esa doctrina exige que el trabajador aporte un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado guiada por intereses ilícitos, contra derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, para lo cual se han de valorar adecuadamente todas las circunstancias fácticas que concurran en cada supuesto concreto, valorando en sus justos términos las incidencias surgidas en la relación laboral al objeto de poder o no otorgar a las mismas la virtualidad suficiente para ser tenidas como indiciarias de violación de derechos fundamentales que provoquen la inversión de la carga de la prueba que obligue al empresario a acreditar la bondad de la decisión extintiva y despejar cualquier duda sobre el móvil último de la misma. Pues, como declara el Tribunal Supremo, para que haya lugar a la inversión de la carga de la prueba no basta su mera alegación, es preciso acreditar indicios de violación del derecho fundamental, y los indicios son señales o acciones que manifiestan, de forma inequívoca, algo oculto, lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar algo por conjeturas, fundadas en apariencia".

La **STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3140 (recurso 5125/2001) desestima el recurso de suplicación y confirma la improcedencia y no la nulidad del despido, ya que "de la comunicación librada por la empresa (...) notificando al actor la finalización de su contrato y la necesidad de firmar otro, no puede entenderse como una coacción o una 'invitación forzada' para obtener el alta médica" y señala conforme a un reiterado criterio constitucional que "en los casos en que se alegue que un *despido* es *discriminatorio, no basta la mera afirmación* de discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una apariencia de discriminación o lesión –SSTCO 21/1992, de 14 de febrero, y 266/1993, de 20 de septiembre, debiendo acreditar, quien afirme la referida vulneración, la existencia de indicios que establezcan razonablemente la probabilidad de la lesión alegada, pues sólo en tales casos le corresponderá probar al empresario –SSTCO 74/1998, de 31 de marzo, 87/1998, de 9 de julio,144/1999, de 22 de julio, y 29/2000, de 31 de enero–, que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y que tales causas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión impugnada".

Mª. Carmen Ortiz Lallana
Mª. Concepción Arruga Segura

VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Estructura interna y funcionamiento de los sindicatos. B) Financiación de sindicatos y Patrimonio Sindical Histórico. C) Libertad sindical y negociación colectiva. D) Poder de dirección empresarial y tutela de la libertad sindical. E) Despido y tutela de la libertad sindical. F) Acción sindical en la empresa. G) Libertad sindical de funcionarios públicos y personal estatutario. **2. Representación unitaria de los trabajadores.** A) Acuerdos preelectorales y candidaturas conjuntas en las elecciones sindicales. B) Comité Intercentros. C) Participación y consulta de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral. D) Atribuciones y garantías de los representantes legales. **3. Conflictos colectivos.** A) El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo. **4. Derecho de huelga.** A) Ejercicio del derecho a la huelga y medidas de seguridad. B) Sustitución de trabajadores huelguistas. C) Descuento salarial por participación en huelga. D) Participación en huelga ilegal y despido. E) Eficacia de un acuerdo de fin de huelga.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias referidas a las materias reseñadas que aparecen recogidas en los números 13 a 16, ambos inclusive, de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2627 a J 3406). Se trata de un período en el que se advierte una cierta desproporción entre el volumen de asuntos referidos a libertad sindical, frente a las restantes materias, bastante menos litigiosas. Aunque esto puede que ya no sea una novedad y que obedezca, como bien se sabe, al funcionamiento más o menos engrasado del sistema de relaciones laborales, a la disposición por los sujetos del mismo de mecanismos de solución no jurisdiccional de conflictos, y, en fin, seguramente también a la cada vez menor incidencia de la huelga como medida de presión frente al conflicto colectivo.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Estructura interna y funcionamiento de los sindicatos

La **STC de 4 de junio de 2001,** I.L. J 2765, que se pronuncia a propósito de un problema aparentemente enrevesado, resulta sin embargo sumamente clarificadora del modo en que deben enfocarse y, en su caso, encauzarse los conflictos surgidos entre dos secciones sindicales de un mismo sindicato, con razonamientos y criterios posiblemente susceptibles de extender a otros conflictos entre entes sindicales, cada vez más frecuentes en la realidad y en la práctica.

El caso es, en síntesis, que la sección sindical del SEPLA de "Iberia LAE, SA" firma un acuerdo de viabilidad con la empresa que comprende diversas medidas, entre las que se incorporan trasvases voluntarios de pilotos de las empresas del grupo "Viva Air" y "Cargo Sur" a "Iberia LAE". La sección sindical del SEPLA en "Viva Air" considera su exclusión del acuerdo una lesión de su derecho a negociar colectivamente y, por consiguiente, de su derecho a la libertad sindical.

El TC parte de recordar, con profusa cita de resoluciones precedentes, que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical, a disponer y usar medios típicos y propios de acción por parte de los sindicatos, entre los que sin duda adquiere un singular protagonismo el derecho a la negociación colectiva. Seguidamente, se expone una magnífica síntesis de la doctrina constitucional sobre la naturaleza y configuración de las secciones sindicales, que va un poco más allá de aludir a la consabida bifurcación de su *status* como instancias organizativas internas del sindicato, parte por tanto de su estructura organizativa interna, y representaciones externas al mismo tiempo, entes que ejercitan determinadas funciones y facultades. Se mete un poco más en harina el TC y afirma lo que realmente tiene una más clara traducción práctica, que las secciones sindicales carecen de personalidad jurídica propia, y que sus relaciones con el sindicato al que pertenecen no se traban por medio de un vínculo asociativo entre dos sujetos distintos, sino a través de una integración directa. Por tanto, esa autonomía e independencia que en su respectivo ámbito de actuación les atribuyen los estatutos sindicales en este caso no puede transformarlas en "auténticos entes sindicales". De ahí que una controversia derivada de la estrategia sindical interna, salvo que exista una manifiesta y clara actuación antidemocrática (STC 186/1992), o un móvil espurio o de represalia, no dejará de ser una cuestión de pura legalidad estatutaria, sin llegar a involucrar al derecho fundamental de libertad sindical.

Pero no se detiene aquí la argumentación y el análisis del TC, pues el problema que se le plantea tiene una segunda vertiente, la relativa al alcance y efectos del propio acuerdo alcanzado, desde el parámetro de la constitucionalidad, obviamente, esto es, desde el punto de vista de la vulneración posible de la libertad sindical. Se parte de la consideración de la naturaleza, alcance y contenido del propio acuerdo de viabilidad para señalar, por de pronto, que aunque su contenido es complejo y comprende tanto medidas o deci-

siones de gestión económica empresarial como cuestiones puramente laborales, no puede negarse que se incardina dentro del derecho a la negociación colectiva laboral del art.37 CE. Luego, se añade que se trata de un convenio de eficacia limitada, de carácter extraestatutario, respecto de cuya negociación tiene el empresario libertad para la selección del interlocutor. De todas formas, aunque suscrito con la representación sindical del SEPLA en "Iberia LAE", no cabe duda de que se pretenden extender sus efectos más allá de esa empresa, lo que no cabe sin contar con la libertad de quienes no han participado en su gestación y firma (STC 108/1989). Así pues, y como conclusión, de lo que se trataría es de impugnar un convenio de eficacia limitada por terceros ajenos al mismo y fundado en que su contenido lesiona sus intereses, cuestión que de nuevo se considera de estricta legalidad ordinaria y ajena al ámbito del recurso de amparo.

Aunque se trate de un tema limítrofe o colateral, no deja de constituir una cuestión atinente al régimen organizativo, estructura y funcionamiento interno de los sindicatos el de la posición de los cargos sindicales dentro de la propia organización y en sus relaciones con la misma. Podría descartase como algo obvio el hecho de que la condición de cargo sindical nada o poco tiene que ver, por sí sola, con una relación de trabajo asalariado. Pues nada más lejos de la realidad, como pone en evidencia la **STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 2001,** I.L. J 2968, que versa en realidad sobre un Secretario de una Federación de rama de una gran confederación sindical que al concluir su mandato solicitó una prestación por desempleo, que le fue denegada por el INEM. El origen de esta pintoresca reclamación se encuentra en la celebración entre el sindicato y el actor de un contrato para obra o servicio determinados para realizar tareas con la categoría profesional de "sindicalista". Dicho lo cual, sólo resta añadir que los avatares de esa atormentada relación fueron muchos, que los mismos ponen de relieve que los conflictos intrasindicales tienen frecuentemente su fuente en el solapamiento de las estructuras territoriales y funcionales de las grandes centrales sindicales y que el peregrinar jurisdiccional del actor concluye, de momento, sin éxito, por haberse negado que su relación con el sindicato reuniese las notas propias de una relación laboral. Por cierto, no existe problema de constitucionalidad en este caso, pues el supuesto derecho del cargo sindical a la protección por desempleo no forma parte del contenido esencial ni adicional del derecho de libertad sindical.

B) Financiación de sindicatos y Patrimonio Sindical Histórico

Siendo una materia extremadamente delicada y conflictiva, no ha sido excesivamente frecuente encontrarse con pronunciamientos judiciales relativos a la titularidad de los bienes y derechos procedentes de la antigua Organización Sindical, incluidos los que fueron incautados por aplicación de la Ley de responsabilidades políticas, así como sobre el contenido del denominado Patrimonio Sindical Histórico, a salvo, claro está, de sobre los criterios de reparto. La ya clásica doctrina del TC, **STS de 21 de diciembre de 2001,** Sala Tercera, I.L. J 2838, resuelve una compleja cuestión, la que atañe a la competencia jurisdiccional para resolver estos litigios, y resumidamente dice que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de los conflictos derivados estrictamente de la aplicación de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 4/1986, pues es esta norma la que establece la noción de Patrimonio Sindical Histórico, la que reconoce una acción

dirigida al Estado para el reintegro y obtención del pleno dominio de los bienes o de su equivalente pecuniario y, en fin, la que regula el procedimiento al efecto, que culmina con la resolución que corresponde al Consejo de Ministros. Por el contrario, cuando la controversia sobre la titularidad resulte ajena al sistema instaurado por la aludida disposición, la competencia corresponderá al orden civil. Por lo que a la competencia funcional se refiere, la Sala reitera la declaración de su propia competencia, y no la de la Audiencia Nacional (Auto de 2 de abril de 1997 y STS de 29 de junio de 2000).

En la **STC de 27 de junio de 2001,** I.L. J 2770, vuelve a ser tema litigioso, más aun, vuelve a la discusión de alcance constitucional, un viejo asunto, el relativo al reparto de subvenciones públicas a favor de los sindicatos. En este caso se pone en cuestión, como posible conducta constitutiva de injerencia por parte de la Administración, una Orden del gobierno gallego de 18 de mayo de 1993, que otorga subvenciones para distintos fines a favor de ciertos sindicatos. Constituye este caso un supuesto de una quizá mayor complejidad por la propia estructura de la disposición, que contiene tres distintos programas de actuación, según las acciones que se pretende financiar con las partidas otorgadas en cada caso, de tal manera que unas se otorgan en proporción a la representatividad, pero otras partidas se reservan para los sindicatos representativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de referencia. De todas formas, la valoración que hace el TC, con toda la carga de argumentos doctrinales ya conocidos en esta materia, incluso los del Comité de Libertad Sindical de la OIT, es una valoración global y no fragmentaria de la Orden. Y a la vista de lo ya dicho, entre otras, en las SSTC 20, 26 y 72/1985, a propósito del principio de igualdad en relación con el de libertad sindical en materia de subvenciones a los sindicatos, admitiendo que el criterio de la mayor representatividad puede ser un dato a tener en cuenta para decidir el reparto, siempre que no constituya el factor exclusivo y excluyente para el acceso a las mismas, llega a la conclusión de que no existe violación de la libertad sindical ni injerencia de la Administración pues, en conjunto, los criterios que ha tenido en cuenta la Xunta no carecen de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad.

C) Libertad sindical y negociación colectiva

Uno de los problemas más arduos que la práctica viene planteando a propósito de la tutela y protección de los derechos de libertad sindical es el de la repercusión que la fijación de condiciones de trabajo mediante el contrato o pacto individual tiene sobre el sistema de negociación colectiva, que, como se sabe, se articula sobre el reconocimiento constitucional de un derecho que integra el contenido de la libertad sindical. Al fenómeno que más frecuentemente ha dado lugar a la aparición de este problema se le ha dado en llamar negociación o contratación "en masa", y tiene lugar cuando se estipulan condiciones de trabajo, normalmente con carácter plural, que o bien difieren de las fijadas en el convenio colectivo de referencia o bien, no estando reguladas, podrían formar parte del contenido típico o posible de un convenio colectivo. Y el problema surge, conviene no perderlo de vista, porque el propio TC no ha dudado en afirmar que la garantía de la libertad personal de cada individuo permite un margen de actuación de la autonomía de

la voluntad en la determinación de las condiciones de trabajo. Lo malo es que sigue sin estar del todo claro cuál es la anchura o amplitud de ese margen.

De nuevo el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la calificación que, según los casos y las circunstancias concurrentes, merecen estas prácticas, en la **STC de 26 de noviembre de 2001,** I.L. J 2628, en la que se cuestiona una iniciativa unilateral de la empresa Renault España Comercial, SA, que dio lugar al establecimiento de un sistema de retribución, de jornada y de horario distinto al previsto en el convenio colectivo aplicable, tras la aceptación masiva y personalizada de la propuesta empresarial por los trabajadores comprendidos en el colectivo de mandos intermedios. El Tribunal, con frecuentes referencias a las previas SSTC 105/1992, 208/1993 y 107/2000, acaba por decantarse por la solución más proclive al sostenimiento del sistema de negociación colectiva y a la defensa del papel institucional del sindicato, que puede resumirse en la proclamación de la "esencial y conceptual prevalencia" de la autonomía colectiva sobre la individual, y que conecta a su vez con la más reciente tendencia a la objetivación de lo que ha de considerarse una conducta lesiva de la libertad sindical, con desprecio del elemento de la intencionalidad y valoración exclusivamente de la existencia objetiva de un resultado lesivo, en la línea de la STC 11/1998. Y, en fin, por lo que ahora importa, incluso al margen de la mayor o menor ventaja que las condiciones pactadas individualmente pudieran suponer para el trabajador, cuando se trate de condiciones de tal trascendencia que puedan considerarse partes esenciales del convenio colectivo.

D) Poder de dirección empresarial y tutela de la libertad sindical

Hay una serie de sentencias de distintos órganos judiciales y del propio Tribunal Constitucional en este período que abordan conflictos resultantes de la toma de decisiones por el empresario presuntamente lesivas de la libertad sindical. La primera de ellas es la **STC de 18 de junio de 2001,** I.L. J 2769, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora, integrante de la sección sindical de CCOO y miembro del comité de empresa. El empresario introdujo una modificación en su horario de trabajo, que fue impugnada por la trabajadora, ordenándose por sentencia el restablecimiento del horario anterior. A resultas de lo cual, el tiempo que la trabajadora era ocupada efectivamente quedó sustancialmente reducido, por colisionar su jornada con la de otras dos operadoras, no habiendo más que un ordenador disponible. El TC, tras invocar su doctrina relativa a la distribución de la carga de la prueba cuando se invocan lesiones de derechos fundamentales, contenida entre otras en las SSTC 266/1993, 90/1997, 144/1999 y 29/2000, concluye diciendo que los indicios aportados en el juicio no han sido de suficiente entidad como para alterar tales reglas probatorias, por lo que desestima el recurso.

En la **STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2001,** I.L. J 3312, se pone en cuestión la validez de una decisión empresarial de no conceder un complemento retributivo por incentivos a un trabajador que tenía la condición de delegado sindical. La sentencia lleva a cabo una extensa argumentación en torno a las reglas sobre distribución de la carga de la prueba en este tipo de supuestos y, con referencia a las enunciadas en los arts. 96 y 179.2 LPL, así como a la doctrina constitucional y ordinaria dictada a ese respecto –con-

tenida entre otras en las SSTC 38/1981, 266/1993, 82/1997, 90/1997 y 74/1998, y SSTS de 9 de febrero, 15 de abril y 23 de septiembre de 1993 y 25 de marzo y 15 de mayo de 1998–, llega a la conclusión de que, una vez demostrada la existencia de indicios de la existencia de una vulneración del derecho fundamental, mediante una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa, y aportado un principio de prueba que permita razonablemente considerar que la empresa ha actuado guiada por intereses ilícitos y ha vulnerado con ello un derecho fundamental, incumbe a esta última la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de ese derecho.

Aplicados tales criterios al caso concreto, se constata que el demandante ha sido el único trabajador de su oficina que no ha percibido el complemento salarial por incentivos que se debate, por habérsele asignado una puntuación inferior a la del resto de sus compañeros, con base además en una evaluación que hacen discrecionalmente los directivos de la empresa. Ello, unido a su condición de delegado sindical, permite a la Sala concluir que se ha aportado el principio de prueba necesario y suficiente para que opere la aludida inversión de la carga probatoria, no habiendo la empresa realizado la actividad necesaria para desvirtuar la existencia de una actuación antisindical, lo que lleva a desestimar el recurso de la empresa y confirmar la sentencia de instancia estimatoria de la reclamación efectuada por el trabajador.

E) Despido y tutela de la libertad sindical

En la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 3237, se dilucida la calificación que merece el despido de un trabajador de la empresa FCC Medio Ambiente, SA, dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales, que era delegado sindical de Intersindical Canaria, y prestaba servicios en el aeropuerto de Gran Canaria. Tras un sinfín de avatares en la relación que el trabajador mantenía con la empresa, y en el contexto de la convocatoria de unas elecciones sindicales en la misma, se produce el despido disciplinario del trabajador con base en la reiterada tardía incorporación a su turno de trabajo, lo que, a juicio de la empresa, y tal y como se desprende de la carta de despido, había provocado serios desajustes en la organización del servicio. El dato decisivo, a juicio de la Sala –y al margen de los hechos concretos y de las circunstancias concurrentes, cuya descripción ahora sería excesiva–, es la coincidencia entre el acto de despido y la celebración de un proceso electoral en la empresa, unido al hecho de que se le hayan imputado al trabajador incumplimientos en fechas anteriores, que no llegaron sin embargo a sancionarse. Además, la empresa había impugnado un laudo arbitral recaído como consecuencia de la exclusión del actor del censo electoral por haber sido previamente despedido. Todo ello constituye, a juicio de la Sala, indicio suficiente de la existencia de una actuación de la empresa vulneradora del derecho de libertad sindical en relación con un "sindicalista incómodo". Y como la empresa no ha logrado desmentirlo, ello motiva la declaración de la nulidad del despido del actor.

Otra de las cuestiones que atañe a la protección de que debe ser objeto la libertad sindical cuando se produce un despido disciplinario es la referida a la audiencia previa del delegado sindical. En la **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 3276, lo que se discute es el plazo en el que dicho trámite habrá de cumplimentarse, y al respecto lo que se dice es que no existe regla alguna a propósito de dicha cuestión, que seguramente habrá de resolverse según las circunstancias. Se alude, por cierto, a una STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se da por bueno el trámite de audiencia al delegado sindical por un solo día.

F) Acción sindical en la empresa

Ya en otros lugares se han citado sentencias en las que se abordan conflictos relativos a ciertos aspectos del régimen jurídico de las secciones y delegados sindicales más conectados con su vertiente de instancia organizativa del sindicato y con la tutela de la libertad sindical. De ahí que en este momento se aluda a aquellas otras más apegadas a la conformación legal de la acción o representación sindical en la empresa. Constituye un excelente botón de muestra de esta clase de problemas la **STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3162, en la que a propósito del ámbito para la constitución de las secciones sindicales y el nombramiento de los delegados sindicales en una empresa prestadora de servicios mediante contratas, se plantea la duda de si ha de ir el mismo referido a una misma provincia, la de Vizcaya, donde la empresa desarrolla su actividad en diversos centros de trabajo, o bien cada centro de trabajo y cada contrata, por tanto, es el ámbito apropiado y posible para ello. La diferencia no era irrelevante en este caso, pues según se optara por una u otra solución, se superaban o no los doscientos cincuenta trabajadores de plantilla. La Sala opta por aplicar mecánicamente la noción de centro de trabajo contenida en el art.1.5 ET, descartando la solución de conjunto para todas las contratas de una misma provincia.

Por su parte, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 2976, resuelve una demanda de tutela interpuesta por Intersindical Canaria contra la empresa "Urbaser, SA", el presidente y secretario del comité de empresa y el sindicato UGT, derivada de la negativa a reconocer el derecho de la organización demandante, que había conseguido en un proceso electoral tres puestos en el comité, a constituir una sección sindical en la empresa, designar un delegado y obtener la misma información que los restantes miembros del órgano de representación unitaria. Con independencia de la solución sobre el fondo, que se salda denegando la posibilidad de nombrar o elegir un delegado, al no reunir la empresa la plantilla mínima requerida para ello, la Sala se pronuncia sobre la idoneidad del cauce procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, al encontrarse las prerrogativas y garantías de los representantes sindicales integradas en el contenido de dicho derecho.

Se siguen suscitando conflictos en relación con el disfrute de locales para usos sindicales. La **STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2850, resuelve uno relativo a la adecuación del local en función del espacio disponible, y lo hace en términos bastante claros, concretos y precisos. Se trataba de una empresa con un solo centro de trabajo y 358 trabajadores, que cuenta con un comité de 13 miembros pertenecientes a seis

sindicatos distintos, que están a su vez representados por sus respectivas secciones y delegados sindicales. En suma, se da la situación fáctica que es presupuesto de estos conflictos, la confluencia de diversos tipos de representaciones en una misma organización productiva. Para complicar un poco el asunto, y añadirle algo de hierro, a los requerimientos y denuncias que las representaciones hicieron a la empresa, cada una por su parte, se sumó un informe de la Inspección de Trabajo que denegaba como solución al problema que todas ellas compartieran un único local. A ello replica la empresa esgrimiendo la batería de sentencias según las cuales local adecuado no equivale a local exclusivo o de uso privativo, y la Inspección acaba aceptando esa solución, pero siempre y cuando el local sea idóneo o permita ese uso compartido. La Sala, en fin, añade a la resolución del problema la labor de objetivación y concreción de los criterios y magnitudes que sirven para medir el grado de "idoneidad" y "adecuación" del local, tales como la plantilla, el número de representantes, la superficie y el mobiliario de que esté dotado el local, la disponibilidad de otros locales o, en fin, el montante de horas sindicales. Y añade un último criterio negativo, de gran agudeza, que no vale que la empresa contraponga a la demanda de los representantes el hecho de que el local asignado se use poco, porque un uso escaso puede obedecer precisamente a la falta de condiciones del lugar.

Mucho más concisa, pero tampoco exenta de claridad e interés, es la **STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2001,** I.L. J 2799, que considera que las condiciones de adecuación del local se consideran cumplidas cuando en el mismo se puede desarrollar eficazmente la actividad sindical de que se trate, y que no exige en cambio que el local se encuentre en el interior del mismo centro de trabajo, ni que se guarde una absoluta proporcionalidad entre el nivel o índice de representación obtenido por el sindicato y el número de metros o superficie del local.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3224, aborda uno de los novedosos problemas que plantea la actividad sindical en la empresa, el relativo al uso del correo electrónico para difundir información sindical. El actor plantea, por el cauce del proceso de tutela de la libertad sindical, una reclamación frente a una sanción de suspensión de empleo y sueldo impuesta por haber remitido utilizando dicho medio propaganda electoral de su sindicato para las elecciones a órganos de gobierno de la Caja de Ahorros en la que prestaba servicios. La sentencia de instancia, tras desestimar la existencia de violación de los derechos de libertad sindical, declaró la improcedencia de la sanción impuesta. La Sala que resuelve el recurso interpuesto por la empresa contra dicho pronunciamiento considera que se ha traspasado la cognición limitada que caracteriza a la modalidad procesal escogida, pues el juez *a quo* no debería haberse pronunciado sobre cuestiones de legalidad ordinaria. Así pues, procede a confirmar la sentencia de instancia en relación con la inexistencia de conducta antisindical, y revoca el pronunciamiento en lo relativo a la calificación de la sanción, dejando a salvo el derecho del actor de impugnarla a través de la correspondiente modalidad procesal, que es la prevista en los arts. 114 y 115 LPL.

Como se sabe, la Disposición Adicional Tercera de la LOLS prohíbe desarrollar actividad sindical en el interior de un establecimiento militar. Pero también es conocido que toda limitación de un derecho fundamental debe ser objeto de una interpretación restrictiva. Pues bien, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de noviembre de 2001,** I.L. J 2658, se ocupa de clarificarlo en un supuesto de convocatoria de una asamblea informativa relativa al pacto de pensiones en la que iba a haber presencia de cargos sindicales, y que habría de celebrarse en la Agrupación de Apoyo Logístico núm. 61 en Valladolid. Presentado escrito ante el Coronel Jefe de dicha agrupación, se denegó la autorización para que tuviera lugar la reunión. La Sala lleva a cabo un sugestivo razonamiento para salvar en este caso el ejercicio del derecho, afirmando que el derecho de reunión e información que se encuentra en cuestión hay que ubicarlo en el art. 8.1.b) LOLS y no en el art. 2.1.d) del mismo cuerpo legal, precepto que es el que se refiere a la actividad sindical en sentido propio y estricto, y que es al que específicamente afectaría la limitación que aparece delimitada en la Disposición Adicional Tercera de la LOLS. Por otro lado, el contenido de la información tampoco comprometía la defensa nacional ni los fines que nuestro ordenamiento jurídico otorga a las Fuerzas Armadas.

G) Libertad sindical de funcionarios públicos y personal estatutario

Sin duda uno de los principales problemas que se suscitan en torno a la libertad sindical del personal estatutario de la Seguridad Social es el relativo al orden jurisdiccional que resulta competente para entender de los litigios que surjan en el ejercicio de estos derechos, de acuerdo con las reglas de competencia que se contienen en los arts. 2.k) y 3.a) y c) LPL.

En la **STS de 6 de octubre de 2001,** I.L. J 3362, se cuestiona precisamente cuál sea el orden jurisdiccional competente para entender de una anulación instada por la Federación de Sanidad de Andalucía de CGT de un pacto sobre crédito horario y liberados sindicales suscrito entre las centrales sindicales presentes en la Mesa sectorial de Sanidad y el SAS, del que la organización sindical demandante había sido segregada.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, interpretando las reglas de competencia ya citadas junto con la del art. 13 LOLS a la luz de la doctrina vertida por TC (SS 67/1982 y 55/1983) y TS (Sentencia de 30 de noviembre de 1998) sobre la competencia del orden social como "cauce natural" de protección de los derechos de libertad sindical, y de la del propio TS en relación específicamente con el personal estatutario (contenida entre otras en sus Sentencias de 22 de octubre de 1993, 17 de junio de 1996, 15 de diciembre de 1997, 19 de enero de 1998, 13 de abril de 1998, 14 de enero y 19 de septiembre de 2000), llega a la conclusión de que es competente el orden social para conocer de las demandas de tutela de libertad sindical formuladas por el aludido personal, por la "voluntad omnicomprensiva del asociacionismo sindical". Pero, dicho esto, la Sala introduce el matiz de que carece de competencia, por el contrario, para pronunciarse sobre la posible nulidad, cualquiera que sea su causa, de los acuerdos propios de la negociación colectiva en la función pública, entre los que se encuentran los que afectan al personal estatutario de la Seguridad Social (SSTS de 24 de enero de 1995, 29 de abril de 1996 y 23 de enero de 1998). Tiene en cuenta, asimismo, la Sala en sus razonamientos el res-

tringido alcance del procedimiento especial de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales que limita el conocimiento de forma estricta a la existencia o no de lesión, sin ocuparse de otras cuestiones de legalidad ordinaria.

Todo ello conduce, en el caso concreto enjuiciado, a declarar que el orden social, careciendo de competencia para la anulación directa del Pacto de 17 de noviembre de 1999 como acto lesivo del derecho de libertad sindical, la tiene en cambio para conocer de las demás pretensiones ejercitadas dirigidas a reparar la lesión del derecho de libertad sindical en su vertiente colectiva e individual, derivada, por un lado, del hecho de haberse privado al sindicato accionante de la posibilidad de participar en la negociación, de ejercitar sus facultades en la distribución de las horas del crédito horario de los representantes a él afiliados y habérsele excluido de la creación de un número adicional de liberados. A ello habría que sumar la lesión que han padecido los afiliados a título individual, al haber quedado al margen de la acumulación y reparto de horas sindicales que lleva a cabo el pacto de referencia, y de la libre decisión sobre su distribución y disfrute. El resultado final de esta bifurcación de facultades jurisdiccionales conduce a limitar el alcance y contenido de los pronunciamientos que son inherentes a las sentencias que recaen en los procedimientos de tutela de la libertad sindical y que son de tres órdenes, inhibitorio, restitutorio y resarcitorio, dirigidos, como se sabe, a ordenar el cese de la conducta lesiva, reponer el disfrute del derecho vulnerado y, en fin, reparar y compensar el daño producido por medio de una indemnización. En este caso, como consecuencia de la limitada competencia del juez social para anular el pacto, la sentencia que se pronuncie deberá limitarse exclusivamente a conceder la tutela resarcitoria, absteniéndose de emitir los pronunciamientos inhibitorio y restitutorio.

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de septiembre de 2001,** I.L. J 3392, se pronuncia sobre un litigio surgido a raíz de la no adjudicación de una plaza vacante de administrativo en virtud de un procedimiento de "promoción interna temporal" a un libertado sindical del sindicato CSI-CSIF, que prestaba servicios para el SAS en el Hospital Básico de la Serranía de Ronda, a pesar de ser el primero de la lista. Se discute en el pleito, básicamente, si debe aplicarse o no la limitación contenida en las Circulares de 24 de junio de 1996 y de 13 de diciembre de 1999 que excluyen a los liberados sindicales por considerar que la plaza adjudicada debe poder ser ocupada y desempeñada efectivamente. La Sala confirma la sentencia estimatoria de la instancia, considerando que dichas circulares no pueden tener efectos para contradecir lo dispuesto en la Ley 30/1999 y en un acuerdo suscrito entre la dirección del Hospital y las centrales sindicales, que no limitan ni restringen el derecho a participar en estos procedimientos por el hecho de tener la condición de liberado sindical.

También en este período estudiado se han suscitado dudas acerca de la competencia jurisdiccional para entender de una reclamación interpuesta por la Federación de Servicios Públicos de UGT contra la Administración Tributaria con motivo del uso de un local y un tablón por parte de la correspondiente sección sindical. Después de no pocas vicisitudes –traslados y desalojos sucesivos, uso en condiciones de insalubridad y segu-

ridad y privación por varios meses de su uso– el sindicato logró que la entidad demandada atendiese finalmente sus requerimientos, no obstante lo cual se interpuso demanda de tutela con la pretensión de que se reparase el perjuicio ocasionado por la conducta renuente e injustificada de la empresa. La **STSJ de Murcia de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3231, con abrumadora batería de argumentos y referencias jurisprudenciales, declara, por un lado, la competencia del orden social de la jurisdicción y no del contencioso-administrativo, por actuar el sindicato demandante en representación de sus propios intereses y de los generales de los empleados públicos, incluidos los trabajadores, y no de los propios de un concreto funcionario. En cuanto al fondo del asunto, parte de reiterar la irrelevancia del elemento intencional o de un dolo específico para que exista lesión de la libertad sindical, y a continuación, con alusión a las reglas sobre distribución de la carga de la prueba cuando existen indicios de vulneración de un derecho fundamental, califica la actitud de la Administración demandada como injustificada y carente de fundamento objetivo, y, por consiguiente, lesiva de la libertad sindical.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Acuerdos preelectorales y candidaturas conjuntas en las elecciones sindicales

Lo cierto es que la **SAN de 9 de octubre de 2001,** I.L. J 3052, acaba pronunciándose sobre la adecuación o no de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical, dado su preciso ámbito objetivo, en torno a un proceso de elecciones sindicales en la Administración Pública, en el desarrollo del cual la Administración adoptó unas instrucciones sobre atribución de resultados, imputándole a USO los obtenidos en coalición con otras organizaciones sindicales de empleados públicos, que fueron impugnadas por CCOO y UGT por presuntamente lesivas de su libertad sindical. La Audiencia Nacional considera que no hay vulneración del derecho fundamental, pero que para resolver por completo el fondo es preciso examinar la cuestión desde la legalidad ordinaria, lo que no es posible en ese momento, dada la cognición limitada que caracteriza este proceso.

B) Comité Intercentros

La configuración y régimen jurídico del Comité Intercentros, junto con los derechos de los delegados sindicales, vuelven a constituir materia litigiosa en la **STS de 6 de octubre de 2001,** I.L. J 2730, en la que se dirime la validez y el alcance de una cláusula incorporada en el IV Convenio Colectivo Nacional de la empresa "Schweppes, SA", de conformidad con la cual los delegados sindicales estatales de las organizaciones con presencia en el Comité Intercentros y con más de un 10 por ciento de implantación en los órganos unitarios de toda la empresa tendrán derecho a asistir a la reuniones del Comité Intercentros con voz, pero sin voto. El sindicato USO interpuso una demanda ante la Audiencia Nacional con la pretensión de que se declarase nula la cláusula de referencia, por considerar que contravenía los arts.10.3 LOLS, 28.1 CE y 68 ET, que ya fue desestimada en virtud de la SAN de 28 de septiembre de 2000.

Ahora el TS, resolviendo el recurso de casación contra dicha sentencia, en síntesis viene a decir que ambas materias, la acción sindical en la empresa y el régimen jurídico del Comité Intercentros, pertenecen al ámbito de la negociación colectiva, desde luego la segunda mucho más, pues es precisamente el convenio colectivo su fuente reguladora fundamental. Pero además, añade el Alto Tribunal, el derecho que contempla el art.10.3 LOLS a que los delegados sindicales asistan con voz pero sin voto a las reuniones del Comité de Empresa, alcanza estrictamente a este órgano en concreto, y no se extiende al Intercentros, salvo que, como es el caso, el convenio lo estipule. Por lo demás, recuerda el TS que, como ya dijo en su anterior Sentencia de 12 de diciembre de 1990, ambos tipos de órganos son figuras diversas, que se diferencian en que siendo el Comité de Empresa un órgano de representación directo o de primer grado, de creación legal, el Comité Intercentros lo es de representación derivada o de segundo grado y de creación convencional.

C) Participación y consulta de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral

La **SAN de 21 de noviembre de 2001,** I.L. J 3057, resuelve nuevamente una controversia relativa a los criterios para la determinación de la estructura y composición de los órganos de representación de los trabajadores con competencias específicas en materia de seguridad y salud laboral. En este caso se trataba de una importante entidad financiera, que llegó a un acuerdo con una serie de centrales sindicales para establecer las reglas de ordenación de esta materia, previendo la creación de un comité estatal de seguridad y salud, integrado por representantes de la empresa y de las secciones sindicales de ámbito empresarial, y estableciendo asimismo el número y modo de designación de los delegados de prevención. Una organización sindical que quedó excluida del aludido comité interpuso demanda de conflicto colectivo por considerar dicha exclusión lesiva de su libertad sindical. La Audiencia Nacional esgrime en respuesta a dicha pretensión lo que ya es criterio consolidado a este respecto, que en la designación de los integrantes de órganos de carácter técnico y especializado no es preciso guardar la proporcionalidad en los resultados electorales, sin que no hacerlo constituya una lesión de la libertad sindical, máxime cuando ni indiciariamente se aprecie en la exclusión de ese sindicato maniobras dolosas o fraudulentas para llegar a dicho resultado. Aún es más, la Audiencia Nacional recoge lo que *obiter dicta* ha dicho el propio Tribunal Constitucional en el Auto de 6 de abril de 2000, que la libertad sindical no ampara un indiscriminado derecho del sindicato a ser integrado en cualquier órgano y en toda circunstancia.

En la **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3077, se resuelve un curioso problema. Se ejecuta sentencia en la que se reconoce el derecho de los delegados de prevención a disfrutar de un determinado número de horas retribuidas para el ejercicio de sus funciones. Cuando se insta la ejecución de dicha sentencia, el número de horas "adeudadas" en el período de referencia alcanza ya un montante de cierta importancia cuantitativa, y además se da el caso de que algunos de los beneficiarios de dicho crédito no ostentan ya la condición de representantes de los trabajadores, suscitándose la duda de si, aún así, tendrían derecho a alguna compensación económica. La Sala dice, con

buen tino, que al tratarse de una garantía aparejada al cargo representativo, no cabe otorgar el crédito horario a quienes ya han cesado en el ejercicio de las funciones inherentes al mismo, y tampoco cabe ante la imposibilidad sobrevenida de su uso y disfrute efectivo, otorgar una cantidad económica en concepto de indemnización. Lo que ya no queda tan claro es cómo se evita el enriquecimiento injusto que con toda probabilidad ello supone para el empresario incumplidor, por no hablar del escaso incentivo al cumplimiento que una solución así conlleva.

D) Atribuciones y garantías de los representantes legales

No es frecuente encontrar soluciones innovadoras en relación con las funciones y atribuciones de los representantes de los trabajadores. Por eso la parca, en este punto, **SAN de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3123, es un filón, cuando dice que en las empresas que promuevan un Plan de Pensiones y que deban para ello instar la constitución de una comisión promotora, los miembros de la misma en representación de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios, podrán ser designados directamente por la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa.

El uso indebido del crédito horario es una cuestión bien resuelta por la jurisprudencia y la doctrina judicial, aunque está claro que la casuística puede ser tan enorme y variada que no es del todo raro que aún surjan dudas interpretativas en algún caso concreto. La **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3078, resuelve un conflicto relativo a un despido por uso indebido o abusivo del crédito horario. El representante tenía un trabajo a tiempo parcial en otra empresa, circunstancia que era conocida por la entidad demandada, la EMT de Tarragona, que decidió despedirle por haber empleado las horas sindicales un solo día en realizar labores en ese segundo trabajo. La Sala tiene en cuenta esas circunstancias –escasa entidad del tiempo dedicado y conocimiento por parte de la empresa de su segunda actividad– y, de acuerdo con el criterio consolidado de interpretación restrictiva de las facultades disciplinarias empresariales en relación con el uso del crédito horario, e invocando asimismo la doctrina del TS sobre el hecho de que la condición de representante de los trabajadores no puede suponer un elemento de reforzamiento de la exigencia de cumplimiento de los deberes derivados del contrato de trabajo, considera el despido improcedente.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo

El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo sigue provocando la intervención de los tribunales con cierta frecuencia, lo que no deja de ser de todo punto comprensible. La **STS de 28 de noviembre de 2001,** I.L. J 2759, es un buen ejemplo de ello. En ella se declara la competencia del orden social y la adecuación del procedimiento en relación con un conflicto suscitado por el sindicato CGT de la Comunidad valenciana en el que se propugna una determinada interpretación del Acuerdo de la Comisión de Interpretación, Vigilancia y Estudio del II Convenio Colectivo del Personal Laboral al ser-

vicio de la Administración Autonómica y de un Plan de Empleo elaborado en cumplimiento del mismo, en relación con ciertas reglas que afectan a los Especialistas de Acción Social. Afirma el TS que se trata de un conflicto colectivo, pues afecta a un grupo genérico de trabajadores, sin que sea preciso para resolverlo introducir valoraciones o análisis de las circunstancias diversas y particulares que afectan a los integrantes de ese colectivo, pues lo que se pretende al fin y al cabo es una declaración genérica del derecho de dicho personal a percibir las diferencias retributivas correspondientes a la realización de funciones de superior categoría a la inicialmente asignada. Por otro lado, desde el punto de vista de su objeto, el conflicto pertenece claramente a la clase de los conflictos jurídicos.

La **SAN de 7 de noviembre de 2001,** I.L. J 3055, también se pronuncia sobre la idoneidad de este cauce procesal para dirimir una controversia originada por una organización sindical que pretende se declare, como parte de su derecho a la libertad sindical, su derecho a formar parte de una concreta negociación colectiva. En las empresas del Grupo Dragados se vienen negociando con UGT unos Acuerdos Socioeconómicos para el personal técnico y administrativo. El sindicato CCOO no fue admitido en la negociación de dichos Acuerdos para el año 2001, y pretende por esta vía que los tribunales declaren su derecho a participar en la misma. La AN afirma que se trata de un convenio extraestatutario, que como tal queda al margen de lo previsto en el ET y la LOLS a propósito de la negociación colectiva, y respecto del cual tiene la empresa absoluta libertad para elegir interlocutor. Por otra parte, al sindicato demandante no se le ha postergado de manera dolosa del proceso de negociación de tal Acuerdo, que además queda abierto a posibles adhesiones. Por fin, la demanda se interpuso tras la firma y en el futuro se desconoce si va a haber negociaciones semejantes, por lo que el pleito carece de realidad actual, constituyendo una mera consulta, que no puede ser objeto del procedimiento al que se ha acudido, por lo que la Audiencia Nacional desestima la pretensión de la central actuante.

Por fin, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 14 de noviembre de 2001,** I.L. J 3178, y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 3184, insisten en la necesaria concurrencia de dos elementos para que se pueda calificar un conflicto laboral como conflicto colectivo, uno *subjetivo*, consistente en la afectación de un grupo genérico de trabajadores estructurado a partir de un elemento de homogeneidad, y otro *objetivo*, referido a la presencia de un interés indivisible y no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, lo que a su vez se traduce en que para la resolución del conflicto no ha de ser necesario entrar a valorar circunstancias particulares de los distintos miembros del grupo. En ese caso, la existencia de contratos individuales en los que se han pactado condiciones diferentes para unos y otros trabajadores, rompe la concurrencia de los aludidos elementos. En la segunda de dichas resoluciones se añade otra consideración en torno a la también conocida diferencia entre el conflicto jurídico y el de intereses, este último, no susceptible de solución jurisdiccional.

4. DERECHO DE HUELGA

A) Ejercicio del derecho a la huelga y medidas de seguridad

La **SAN de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 3056, aborda un problema que, a pesar de la STC 11/1981, sigue causando incertidumbre, el de la concreción del impreciso contenido del art. 6.7 DLRT 1977 cuando se refiere a la fijación de los servicios de seguridad y mantenimiento de los locales, maquinaria e instalaciones en el transcurso de la huelga.

Con motivo de una serie de paros intermitentes de una hora al comienzo de cada turno en la Unidad de Negocio de Mantenimiento de Infraestructuras de la empresa RENFE, se planteó la necesidad de establecer los servicios pertinentes en Subestaciones y Telemandos, Pasos a Nivel y Brigada de Incidencias en Electrificación y Señalización, surgiendo una controversia a propósito de la verdadera necesidad de los mismos, habida cuenta de la escasa duración de los paros, así como sobre la designación de los trabajadores. Al no llegarse a acuerdo alguno con el Comité de Huelga, la empresa procedió a su fijación unilateral, motivo por el que el sindicato SFF-CGT interpuso demanda de tutela del derecho fundamental a la huelga. La AN centra el debate de la siguiente forma: por un lado, en sentido negativo, señalando que no se discute ni la convocatoria de la huelga, ni el sentido de las reuniones mantenidas para fijar servicios de mantenimiento, ni el número de trabajadores designados ni, en fin, el contenido funcional de las áreas productivas afectadas. En positivo señala que lo que constituye el núcleo de la controversia es la designación de los trabajadores destinados a prestar los servicios de seguridad y mantenimiento, que es una cuestión respecto de la que el propio DLRT parece contener previsiones contradictorias, pues por un lado ello constituye una típica facultad de policía de la empresa, pero al mismo tiempo se imputa al Comité de Huelga la obligación y responsabilidad de garantizar su cumplimiento, lo que parece indicar la necesidad de que este órgano participe en alguna medida en la designación de los trabajadores afectados.

La solución la halla la Sala en la separación de las distintas esferas o de las diversas competencias que integran esta compleja actuación, una *cuantitativa*, relativa a los concretos trabajadores que habrán de asignarse a estos servicios, que debe ser objeto de negociación con el Comité de Huelga; y otra *cualitativa*, que atañe a la necesidad de las medidas de seguridad, a la oportunidad de su adopción y a la efectiva prestación de los correspondientes servicios, que no es negociable. La falta de colaboración del Comité de Huelga en este punto, convertiría en ilícita la huelga por abusiva. En el caso que se somete a enjuiciamiento la discrepancia versaba sobre el aspecto "cualitativo", pues se cuestionaba la necesidad misma de mantener ciertos servicios, habida cuenta de la escasa entidad temporal de los paros. Al no ser fraccionable temporalmente la actividad tendente a mantener las infraestructuras de la red ferroviaria de cara a garantizar la seguridad del tráfico, la actuación de la empresa se considera adecuada.

B) Sustitución de trabajadores huelguistas

A pesar de que la Sala no entra a resolver sobre el fondo por falta de concurrencia del requisito de contradicción que hace viable el recurso de casación para unificación de

doctrina, no deja de tener interés la cita de la **STS de 14 de diciembre de 2001,** I.L. J 2881, en la que el debate hubiera girado en torno a la determinación de los efectos de la decisión empresarial de sustituir a los administrativos que recibían los pedidos de suministro de productos petrolíferos, que constituye la actividad de la empleadora, por tres trabajadores destinados en puestos directivos, que no se sumaron al paro. La pregunta era, en concreto, si tal decisión vaciaba de contenido el derecho de todos los huelguistas o sólo el de los sustituidos. También se hubiera dirimido en este proceso otro de los asuntos más escabrosos que plantea la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, el de la indemnización de los daños derivados de la lesión, barajándose en este caso el baremo del salario perdido.

C) Descuento salarial por participación en huelga

La **STSJ de Navarra de 22 de noviembre de 2001,** I.L. J 2832, no es que se pronuncie exactamente sobre este problema, sino que utiliza el mismo criterio existente a este respecto para aplicarlo analógicamente a otros supuestos de ausencia, en este caso injustificada, al trabajo. El trabajador discute la cuantía que se le ha abonado en una liquidación de salarios, por haberse descontado por una ausencia al trabajo más de lo debido. La Sala entiende que la procedencia del descuento salarial en caso de huelga se explica por el carácter sinalagmático del contrato de trabajo, y que dicho descuento no se limita al salario diario devengado, sino que comprende asimismo parte del denominado salario diferido, en concreto, la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias, del descanso semanal del período a que se extendió la huelga y de las participaciones en beneficios que, a estos efectos, como a otros muchos, se asimilan a las pagas extras. Si esto es lo que ocurre con la huelga legal, prosigue la Sala, con más razón será el efecto que igualmente habrá de derivarse de un abandono injustificado del trabajo. Ello se traduce en una fórmula de cálculo del importe del descuento muy sencilla, que consiste en dividir el salario anual por las horas de trabajo anuales, y multiplicar luego el resultado por el número de horas de ausencia injustificada.

D) Participación en huelga ilegal y despido

En la **STSJ de Aragón de 22 de noviembre de 2001,** I.L. J 3173, el debate gira en torno a un supuesto de despido de un trabajador participante en una huelga que se ha desarrollado en unas circunstancias un tanto insólitas. Para empezar, el problema de la legalidad de la huelga se suscita a propósito de la composición del comité de huelga. Como se sabe, el art. 5.1 DLRT 1977 prevé que integren dicho órgano sólo trabajadores del centro de trabajo afectado por el conflicto. La Sala comienza por precisar el alcance de este precepto, afirmando que esa regla está pensando en una huelga que no desborde dicho ámbito, pero que cuando el conflicto traspasa los límites del centro de trabajo y se extiende a toda la empresa, la misma cede. Por eso, la integración en el comité de huelga de una persona del sindicato convocante ajena a la empresa no convierte la huelga en ilegal. Otra cosa tiene la Sala que decir en ese caso, de las restantes circunstancias concurrentes: omisión de preaviso necesario en empresas prestadoras de servicios públicos

(servicios postales en la empresa afectada); negativa a apoyar la medida por los miembros del comité que no pertenecían al sindicato promotor, de tal manera que en la huelga participaron diez trabajadores de una plantilla de setenta; o, en fin, interrupción de la prestación de servicios por el trabajador despedido también fuera de la franja horaria a la que se extendían los paros, con intención de agravar los efectos de la huelga, junto a otros graves incidentes como el robo de un carro con correspondencia. Todo lo cual conduce a la calificación del despido disciplinario del trabajador demandante como procedente, por participación activa en huelga ilegal.

E) Eficacia de un acuerdo de fin de huelga

La **STS de 24 de noviembre de 2001,** I.L. J 2839, resuelve un conflicto colectivo derivado de las discrepancias sobre el valor, eficacia y exigibilidad de un acuerdo de fin de huelga. La Comunidad Autónoma de Canarias llegó a dicho acuerdo con los auxiliares administrativos de los centros docentes de ella dependientes y se comprometió en virtud del mismo a incrementar su jornada laboral a partir del curso 1999/2000, aunque los términos del compromiso adquirido no fueron lo suficientemente claros, precisos y terminantes. Se esgrime ese hecho para, con base en lo previsto en el art. 1261 CC sobre los requisitos esenciales de un contrato, negar la existencia de una obligación por indefinición de su contenido. La Sala niega tal posibilidad y afirma que ello vulneraría lo previsto en el art. 8.2 DLRT de 1977 por negar eficacia a un acuerdo amparado en el art. 37 CE.

Carolina Martínez Moreno
Ignacio González del Rey Rodríguez
Paz Menéndez Sebastián
Ángeles Ceinos Suárez

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento de negociación. 3. Ámbito temporal. "Ultraactividad". 4. Determinación del convenio sectorial aplicable. 5. Sucesión de convenios. 6. Eficacia. 7. Contenido "normativo" del convenio colectivo. Límites. 8. Convenios "extraestatutarios". 9. Impugnación "directa" del convenio colectivo. 10. Administración del convenio colectivo. Por los Tribunales laborales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se reseñan a continuación las sentencias más destacables dictadas en materia de negociación colectiva por diferentes Tribunales laborales y el Tribunal Constitucional durante los meses de junio a diciembre de 2001, ambos incluidos, publicadas en los números 13, 14, 15 y 16 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, de Lex Nova, en los que puede consultarse el texto íntegro de aquéllas. Aunque los convenios extraestatutarios son objeto de atención por un considerable número de las mismas, ninguna añade nada a la doctrina sentada por la jurisprudencia precedente, cuyos criterios siguen y reproducen. En otro orden de cosas, llama la atención la posición restrictiva que mantienen las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 17 de diciembre (Sala General) en relación con las posibilidades que tienen los convenios colectivos de regular determinados aspectos de los contratos de duración determinada y, en concreto, del eventual *ex* art. 15.1.b) ET. Tales sentencias van seguidas de sendos votos particulares.

2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Denunciado un convenio colectivo estatal y constituida la comisión negociadora para la elaboración de otro nuevo de igual ámbito, los sindicatos integrantes de ésta no pueden ampararse en el deber de negociar para apartarse y exigir la iniciación de negociaciones en un ámbito distinto. Así lo expresa la **STSJ del País Vasco de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3149, que reproduce la doctrina del Tribunal Supremo sobre la existencia de límites "racionales" al derecho-deber de negociar. Para este último, el deber de negociar está sujeto, entre otros, a los límites de: 1) "extensión", lo que implica que se proyecta sobre las unidades estructurales cuya existencia es ajena a la voluntad de los negociadores -con-

venios de centro de trabajo, empresa o sector con ámbitos provincial, autónomico o estatal-, pero no a las unidades artificiales de negociación originadas por la voluntad de una sola de las partes. 2) "Cumplimiento", por lo que aquél ha de entenderse legalmente satisfecho cuando la parte requerida ya ha accedido a negociar y lo está haciendo con quien está legitimado para la negociación del convenio de que se trate. No puede exigirse a una de las partes negociar en un número indeterminado de mesas respecto a un mismo sector. Y 3) "legitimación", dado que sólo puede instar el cumplimiento de la obligación de negociar quien ostente la legitimación inicial. A la vista de lo recién expuesto, concluye la sentencia reseñada que, si se denuncia un convenio estatal e inicia la negociación para la elaboración de otro del mismo ámbito, "no es posible obligar a la parte empresarial nuevamente o simultáneamente en otro ámbito distinto, si no es dentro de los límites y cauces previstos en el propio convenio denunciado".

3. ÁMBITO TEMPORAL. "ULTRAACTIVIDAD"

La situación de "ultraactividad" del convenio estatutario no impide la conclusión de un convenio extraestatutario. En tal caso, para que las condiciones de trabajo del primero resulten aplicables a los afectados por el segundo se precisa que quienes pretendan esa aplicación aleguen y prueben que las normas de aquél, "apreciadas en su conjunto y cómputo anual (artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores), son más favorables para el trabajador que las del pacto irregular" (**SAN de 21 de septiembre de 2001,** I.L. J 3051).

4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO SECTORIAL APLICABLE

El convenio estatal de "recuperación, transformación y venta de residuos y desperdicios sólidos" no es de aplicación a la actividad que consiste, simplemente, en la recogida de residuos y desperdicios sólidos y líquidos, incluidos los procedentes de centros comerciales y los despojos de algunos mercados, así como en la limpieza y conservación de alcantarillas. Existiendo en el ámbito geográfico en el que se desarrolla la actividad y se ubica el centro de trabajo un convenio específico de recogida de residuos sólidos urbanos (basuras), limpieza viaria y limpieza y conservación de alcantarillado, éste es el aplicable, al quedar comprendido dicha actividad en su ámbito funcional de forma más completa y natural. A tales efectos, no importa que la empresa tenga su domicilio social fuera del aludido ámbito geográfico cuando el convenio al que acaba de hacerse referencia dispone que su aplicación se extiende, además de a las empresas ubicadas en aquél, a las que desarrollen su actividad en el mismo. Tampoco es determinante el que en la escritura de constitución de la empresa se haga referencia a que su objeto social es el de recuperación de desperdicios sólidos y líquidos industriales, pues debe estarse, para resolver la cuestión planteada, a la actividad real, que prevalece, en caso de discordancia, con la que figure en aquella escritura (**STSJ de Murcia de 26 de noviembre de 2001,** I.L. J 2681).

Esa necesidad de estar a la actividad real de la empresa, en la que intervienen de modo efectivo los trabajadores, cuando la misma no coincida con la que consta en la escritura

o en los estatutos de la sociedad, ha tenido ocasión de ponerse de relieve por el TS, pudiéndose traer a colación, como más recientes, además de su Sentencia de 15 de junio de 2000, I.L. J 1348, reseñada en el número 5 de esta revista, la de **17 de diciembre de 2001,** I.L. J 2884.

5. SUCESIÓN DE CONVENIOS

Teniendo en cuenta que, denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso se mantiene su contenido normativo, las situaciones que se produzcan durante ese ínterin se seguirán regulando por éste, salvo en el caso de que el nuevo convenio se aplique retroactivamente. Así lo entiende la **STSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 2001,** I.L. J 3222, que desestima la pretensión de que se aplique una cláusula de movilidad geográfica contenida en el nuevo convenio porque "ni la decisión empresarial de traslado se produjo tras la conclusión del convenio cuya aplicación se pretende, ni contiene éste excepción alguna que permita considerar su extensión a una situación jurídica que, además de nacida bajo el amparo de la anterior normativa, no puede entenderse implícitamente contemplada en una normativa cláusula convencional reguladora de situaciones futuras". Por lo demás, en estos supuestos de sucesión de convenios, no cabe acogerse al denominado "espigueo normativo" y reclamar la aplicación de las cláusulas más favorables de cada convenio.

6. EFICACIA

El convenio estatutario no puede ser modificado y desplazado en su aplicación por un pacto de empresa más que en los supuestos y con las condiciones previstas legalmente o cuando dicho pacto cuente con cobertura en lo dispuesto en aquél. No concurriendo esto último, excede de lo que permite el art. 41.2 ET el pacto que pretende la supresión de una mejora de seguridad social, establecida en el convenio colectivo aplicable. Así, **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3039, la cual, por cierto, se detiene en la identificación y concepto de los distintos tipos de acuerdos o pactos de empresa ("acuerdos subsidiarios o de regulación", "acuerdos de descuelgue salarial" y "pactos de reorganización productiva", que pueden ser "novatorios" o suspensivos o extintivos).

7. CONTENIDO "NORMATIVO" DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES

Vulnera la legalidad y, en concreto, los arts. 12 y 15 del ET, la cláusula del convenio colectivo que prevé que la suscripción de un contrato eventual *ex* art. 15.1.b) ET se realice con arreglo a una determinada duración máxima (180 días de trabajo efectivo dentro de un período de 265 días) y que, dentro de ella, "los trabajadores serán llamados al trabajo y, lógicamente, retribuidos, exclusivamente los días en que sean precisos sus servicios a la empresa". Lo anterior equivale a someter a aquél a una suerte de intermitencia que no autoriza la ley. En este sentido, **SSTS de 14 y 17 de diciembre 2001,** Sala General, I.L. J

2882 y 2889, con voto particular formulado por un Magistrado, al que se adhieren tres más.

Aparte de reparar en la vulneración del art. 1256 del Código Civil en que incurre la expresada cláusula (al "dejar en manos de la empleadora el cumplimiento del contrato por lo que a ella se refiere"), y en que con ella se rompe el equilibrio de prestaciones que conviene a la naturaleza sinalagmática del contrato de trabajo, observa la Sala que la negociación colectiva únicamente puede entrar, en relación con los contratos de duración determinada, en los campos que el legislador expresamente autoriza su intervención, lo que no es el caso de la referida intermitencia del contrato eventual, que también se aprecia que no respeta la regulación del trabajo a tiempo parcial (ninguno de los apartados del art. 12 ET "autoriza contratos en los que el tiempo de efectiva prestación de servicios sea el libremente establecido por el empleador sin que el trabajador tenga derecho a exigir ni trabajo, ni salario, si no es llamado a prestar los servicios contratados"). Ninguna de estas razones es compartida por el voto particular, que pone de relieve el desacierto de las mismas. Ni que decir tiene que la afirmación de las sentencias de que el convenio sólo puede regular aquellos aspectos que la ley autoriza ha de ser interpretada en sus justos términos; esto es, entendiéndola referida a los extremos que serían indisponibles sin una expresa previsión en la norma estatal, pero no a aquellos otros respecto a los que su regulación por la negociación colectiva no necesita habilitación por parte de aquélla y, por lo tanto, su mención en la misma resulta puramente declarativa.

8. CONVENIOS "EXTRAESTATUTARIOS"

Recuerda sus características y fundamento en el art. 37 CE la **STC de 4 junio 2001,** I.L. J 2765:

> "Tales pactos, que se encuentran amparados por el art. 37 CE, (...) carecen de eficacia personal *erga omnes* y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias. Se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil). La lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales (...)"

> "La singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor. Relevante y significativa diferencia si la comparamos con las severas exigencias que impone el paradigmático modelo legal, pero que se encuentra condicionada, precisamente, por el limitado alcance personal de sus efectos, que quedan reducidos al estricto ámbito de representación que las partes posean, pues, como este Tribunal tuvo

> oportunidad de señalar en su STC 108/1989, de 8 de junio (FJ 2º), 'la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la libertad de quienes en él no participaron'. De este modo, cuando se celebra un acuerdo colectivo fuera de la disciplina estatutaria, pero que, en alguna de sus estipulaciones, persigue generalidad, de manera tal que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia *erga omnes*, habría que convenir que tales disposiciones no serían válidas, en tanto que eficacia de tal clase sólo es predicable de los convenios colectivos que regula el Estatuto de los Trabajadores."

Para el TC, la determinación de si alguna de las estipulaciones del convenio extraestatutario son nulas por pretender tener una eficacia respecto a quienes no han tenido intervención en él es cuestión de mera legalidad ordinaria.

Se detiene igualmente, de forma amplia, en el tratamiento que ha merecido, en la jurisprudencia constitucional y ordinaria, la admisión de la validez y eficacia de los convenios extraestatutarios la **SAN de 21 de septiembre de 2001,** I.L. J 3051, a propósito de las relaciones que se establecen entre éstos y el convenio estatutario en situación de "ultraactividad". También la **SAN de 9 de octubre de 2001,** I.L. J 3053, en relación con la solución que merece la situación en que los salarios establecidos en el convenio extraestatutario quedan por debajo de las contenidas en un posterior convenio estatutario (publicado "más de año y medio después"). Tras reparar en que "un convenio colectivo extraestatutario supone el ejercicio de una potestad reguladora abstracta", hace referencia la segunda de esas sentencias a la "naturaleza **normativa**" de aquél, que "sólo juega ante la inexistencia de convenio estatutario –incluso cabe una concurrencia extraestatutaria a resolver conforme al art. 3.3 [del ET]–". El hecho de que un posterior convenio estatutario establezca unas condiciones de trabajo, como son las salariales, por encima de las fijadas en su momento en el extraestatutario no comporta la nulidad de éste, que únicamente puede proceder de un vicio originario o presente en el momento de su conclusión. En la situación sobrevenida expuesta cabría invocar, todo lo más, la concurrencia de una causa de resolución o revocación, para cuya apreciación sería preciso su invocación por el demandante:

> "La nulidad que se invoca no puede acogerse en cuanto la misma no existía cuando el pacto se incorporó al ordenamiento jurídico. La incidencia que la posterior entrada en vigor del convenio nacional estatutario pudo tener no puede articularse como causa de nulidad y, por tanto, es cuestión ajena a la de la demanda que en este exclusivo sentido y sin prejuzgar cualquier otro planteamiento pretensional, ha de desestimarse. De hecho, la causa de nulidad que se invoca no serviría nunca para anular el convenio en cuanto éste tiene un contenido normativo más amplio que el de la mera tabla salarial y la demanda en modo alguno limita los efectos de una nulidad que, además de inexistente, sería a lo máximo limitada a parte del clausulado del convenio y no a éste como pacto colectivo."

La eficacia de los convenios "extraestatutarios" es también cuestión abordada por la **SAN de 7 de noviembre de 2001,** I.L. J 3055, la cual, a la vez que declara la falta de acción del sindicato demandante para solicitar intervenir, inicial o posteriormente, en la nego-

ciación de determinados acuerdos extraestatutarios sobre condiciones de trabajo y retribuciones del personal, recuerda la doctrina judicial existente sobre la referida eficacia. En este sentido, se reitera que la principal característica de estos pactos radica en que su ámbito personal de aplicación se limita a la empresa y a los trabajadores que, bien por sí mismos, bien a través del sindicato al que estén afiliados, los concierten inicialmente, así como a aquellos otros que puedan adherirse a ellos por cualquiera de los medios previstos en el ordenamiento jurídico. De este modo, cuando algunas disposiciones de un convenio extraestatutario persigan generalidad, de manera tal que su aplicación sólo sea posible desde su eficacia *erga omnes*, habrá que convenir que aquéllas no serán válidas en tanto que eficacia de tal clase sólo es predicable de los convenios colectivos que regula el ET, pero no de los extraestatutarios.

A pesar de su general e inicial eficacia limitada, derivada del artículo 1257 CC, los pactos extraestatutarios deben consentir que se adhieran a ellos, expresa o tácitamente, la totalidad de los trabajadores del ámbito en el que se hubiesen negociado. La adhesión tácita se produce por "la aceptación de los beneficios que del pacto se deriven, sin oposición a su existencia y lucro por los trabajadores afectados" (**SAN de 7 de noviembre de 2001,** I.L. J 3055). Ahora bien, la adhesión al convenio extraestatutario resulta incompatible con la impugnación judicial de éste, por lo que la postura de la empresa de condicionar la aceptación de aquélla al desistimiento judicial no implica una vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato accionante. En este sentido, **STSJ de Cantabria de 13 de diciembre de 2001,** I.L. J 2001:

> "En la fecha en que se solicita la adhesión, si bien se había dictado sentencia en la instancia desestimando" las reclamaciones retributivas de la actora, aquélla "había sido recurrida en suplicación", por lo que es "lógica la posición de la empleadora de constatar esa contradicción y estimar que no existe un consentimiento contractual –claro e inequívoco– para perfeccionar el contrato (art. 1258 CC); y es a raíz del escrito de la actora de 18 de mayo de 2000 en que se ratifica en su adhesión y manifiesta su voluntad de desistir de su acción judicial, cuando la empresa acepta la oferta de la trabajadora desde esa misma fecha".

9. IMPUGNACIÓN "DIRECTA" DEL CONVENIO COLECTIVO

Tratándose de un *convenio extraestatutario*, cuyos efectos se producen, exclusivamente, entre las partes firmantes (art. 1257 CC) y los que por ellas están representados, su nulidad "sólo puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente o por adhesión" (art. 1302 CC). Ello supone que el sindicato que no lo firmó ni se adhirió a él "carece de legitimación *ad causam* y, por lo tanto, de acción, a los efectos del art. 163 de la Ley de procedimiento laboral, sin perjuicio de su legitimación *ad procesum*, "si nos referimos a impugnación por ilegalidad, alegando nulidad" (**SAN de 21 de septiembre de 2001,** I.L. J 3051).

10. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LOS TRIBUNALES LABORALES

Sobre la sujeción de la interpretación de los convenios colectivos a las reglas que rigen tanto la interpretación de las leyes como de los contratos, **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3326.

Javier Gárate Castro
Lourdes Mella Méndez

IX. SEGURIDAD SOCIAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Fuentes. 2. Campo de aplicación del sistema. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A) Concepto de accidente. B) Indemnización por daños y perjuicios. C) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene. **9. Régimen económico, garantías y responsabilidades en materia de prestaciones. 10. Asistencia sanitaria.** A) Reintegro de gastos sanitarios. B) Responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria. **11. Incapacidad temporal.** A) Dinámica de la prestación. B) Mejoras voluntarias e incapacidad temporal. C) Incapacidad temporal y regímenes especiales. **12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de seguridad social.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se analizan las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2627 a J 3406).

1. FUENTES

STSJ de Extremadura de 7 de diciembre de 2001, I.L. J 3109. El cálculo de la base reguladora de la prestación ha de hacerse computando el período de los ocho últimos años trabajados en Alemania inmediatamente anteriores a la solicitud, las bases medias de cotización vigentes en España para la categoría profesional del trabajador y no en relación a las bases de cotización pretéritas, actualizadas al momento del hecho causante. Entiende por categoría profesional aquella que tiene el trabajador en la fecha de la solicitud y en la que trabajó y cotizó en Alemania.

Cálculo de base reguladora de una pensión de jubilación, cotizaciones en España y Alemania , aplicación del Convenio Hispano-Alemán. **STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2001,** I.L. J 3094.

STJCE de 25 de octubre de 2001, I.L. J 3354. Cuestión prejudicial. Aplica la interpretación efectuada por la Sentencia Kermaschek en la que se establece que el miembro de la

familia de un trabajador no puede acogerse a los arts. 67 a 71 bis del Reglamento 1408/1971 y en particular al art. 71.1.a).ii) del Reglamento para los trabajadores fronterizos que designa al Estado de residencia competente para la concesión de la prestación por desempleo.

STJCE de 29 de noviembre de 2001, I.L. J 3358, cuestión prejudicial. Las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 139 TA.

STJCE de 13 de diciembre de 2001, I.L. J 3359, cuestión prejudicial. Las pensiones de jubilación de los funcionarios del régimen francés están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del art. 139 TA y en este sentido vulnera el principio de igualdad de trato el conceder el derecho a obtener una pensión de jubilación únicamente a las funcionarias cuyo cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión y que exlcuye a los funcionarios que estén en la misma situación.

STS de 11 de octubre de 2001, I.L. J 3364. Se debe tener presente el Anexo VI.D).4 lo que implica a la hora de fijar la pensión teórica de jubilación que deba estarse a las cotizaciones relaes efectuadas en España antes de su desplazamiento a otro país y a las revalorizaciones legales posteriomente procedentes.

2. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA

La **STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2001,** I.L. J2820, enjuicia el cambio de encuadramiento solicitado por un Administrador único de un grupo de empresas en virtud del cual pasa a ser integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien es excluido de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, considerando que su contrato de trabajo es a tiempo parcial. Con posterioridad y tras una revisión de oficio, la TGSS confirma el cambio de encuadramiento pero considera que el contrato de trabajo es a jornada completa. Conforme se desprende de la normativa vigente los Administradores societarios se encuadran en el Régimen General, siempre que cumplan determinadas condiciones, en calidad de trabajadores asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, y que contrariamente a lo que entiende la TGSS, éstos pueden encuadrarse en este régimen en virtud del un contrato a jornada completa como a jornada parcial pues ni la normativa ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo niegan esta posibilidad; por lo que un gerente de una sociedad puede disfrutar también de un contrato a tiempo parcial.

El derecho a permanecer en alta en el Régimen General de la Seguridad Social como consecuencia de los servicios prestados para una organización que no cuenta con la autorización administrativa necesaria para prestar la actividad que constituye su fin social determina no sólo, según la **STSJ de Castilla y León de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 2948, la ilegalidad de la actividad empresarial sino además la nulidad de la relación

existente entre la empresa y el trabajador. Por lo que si no hay vinculación en los términos establecidos en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores tampoco es posible la inclusión de dicho sujeto en el Régimen General de la Seguridad Social.

3. ENCUADRAMIENTO

Encuadramiento en el Régimen General de una Administradora única de sociedad de responsabilidad limitada. No reconocimiento de alta por trabajo en dedicación a tiempo parcial. La **STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 2001,** I.L. J 3270, estima que la asimilación que realiza el art. 97.2.k) LGSS a trabajador por cuenta ajena de los consejeros y administradores societarios, siempre que no posean el control efectivo de dichas sociedades, sólo tiene efectos en relación a la afiliación y alta en el sistema de la Seguridad Social. Bajo esta premisa, el Tribunal entiende que cuando se trata de una relación excluida del ámbito del Derecho Laboral como es la del ejercicio de funciones exclusivas de la Administradora de un sociedad de responsabilidad limitada, a esta relación no le es aplicable una institución típicamente laboral como es la jornada a tiempo parcial.

En la **STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 2801, se plantea una problemática similar en relación al reconocimiento por parte de Tesorería del alta con dedicación a tiempo parcial de un Administrador asimilado a trabajador por cuenta ajena según lo dispuesto en el art. 97.2.k) LGSS. Esta vez el actor, quien se dio de alta en el Régimen General en cuanto asimilado a trabajador por cuenta ajena, impugnó el acto de la Tesorería que revisaba el alta por dedicación a tiempo parcial reconociéndola a tiempo completo. El actor ostenta además el cargo de administrador de un grupo de empresas formado por cuatro sociedades. La sentencia empleando un argumento común en la sentencia arriba analizada, mantiene la inexistencia de identidad entre un administrador de una sociedad mercantil y un trabajador por cuenta ajena. El Tribunal descarta que se deba reconocer la figura del trabajo a tiempo parcial para el Administrador societario independientemente de que las normas de Seguridad Social le hayan reconocido una cierta asimilación. E igualmente rechaza el argumento del actor de que se trata de un pluriempleo –con el consiguiente establecimiento de topes máximos y mínimos– ya que los servicios prestados a las distintas sociedades no tienen carácter de trabajo por cuenta ajena. Por el contrario, a juicio del Tribunal, se trata de una situación de pluriactividad pese a que se determine un encuadramiento múltiple en un mismo Régimen de Seguridad Social.

Obligación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de concejal con dedicación a tiempo parcial. En el supuesto planteado en la **STSJ de Extremadura de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3229, un Ayuntamiento recurre la sentencia que estima la pretensión planteada de oficio por la Inspección de Trabajo. La Inspección de Trabajo extendió acta de liquidación de cuotas de la Seguridad Social haciendo responsable de la infracción al Ayuntamiento, habiendo constatado que un Concejal de obras percibía indemnizaciones del Ayuntamiento y a su vez era pensionista a cargo de la Seguridad Social. El Tribunal da la razón a la Inspección pues entiende que la nueva redacción dada al art. 75 de la Ley 7/1985 reguladora de las Bases de Régimen Local determina la obli-

gación de dar de alta a los miembros de Corporaciones locales que perciban retribuciones a cargo del Ayuntamiento ya sea con dedicación parcial o exclusiva. Dicha previsión, vigente cuando se realizó la Inspección en el caso de autos, deja sin sentido lo que era el núcleo del recurso planteado por el Ayuntamiento recurrente que distinguía entre dedicación parcial y exclusiva, pues tal distinción no se emplea ya en la normativa aplicable.

4. GESTIÓN

No hay jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No hay jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

No hay jurisprudencia en la materia.

7. RECAUDACIÓN

La **STS de 19 de diciembre de 2001,** Sala Tercera, I.L. J 2836, trata el tema de la obligación de pago por los Ayuntamientos de cuotas de la Seguridad Social debidas a la afiliación de funcionarios y contratados laborales y, en concreto, al pago del recargo por mora de no efectuar el pago en plazo reglamentario. La resolución, al entender del Tribunal, depende de la configuración del sistema de relación contable entre el Ayuntamiento y la Seguridad Social. En este sentido, siguiendo la doctrina establecida en sentencias anteriores (como la **STS de 15 de junio de 2001,** Sala Tercera, I.L. J 1368, a la que hacíamos referencia en números anteriores de esta revista), se parte de la cuestión central de determinar si los Ayuntamientos están obligados al pago del recargo por mora de no haber satisfecho en plazo el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Así, se dice que el abono de tales intereses no está vinculado a la iniciación de una vía de apremio sino que se trata, en sustancia, de unos intereses compensatorios de devengo automático por el retraso en el cumplimiento de la obligación, una vez transcurrido el plazo reglamentario para satisfacer las cuotas. El devengo de los antedichos intereses se produce por la obligación de pago de los Ayuntamientos, una vez transcurrido el plazo reglamentario para el ingreso, y todo ello hasta que sea posible deducir la deuda o la íntegra compensación reglamentaria.

En relación con el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, existen diferentes sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia durante este período. Éstas, en la línea de resoluciones anteriores, establecen que, según el nuevo artículo 45.3 LGSS (introducido por la Ley 66/1997 y en vigor a partir del 1 de enero de 1998), el plazo

al que debe retrotraerse el reintegro de las prestaciones indebidas es el de 4 años, no pudiendo operar el plazo excepcional que venía siendo aplicado hasta entonces por obra de la jurisprudencia (**SSTSJ de Cataluña de 23 de noviembre y 14 y 27 de diciembre de 2001,** I.L. J 3190, 3073 y 3083).

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La **STSJ de Valencia de 25 de mayo de 2001,** I.L. J 2689, señala que el accidente de tráfico que causó la muerte del causante y de otros ocupantes del vehículo se debió a la ingesta de alcohol por el causante, que tenía nivel de alcoholemia de 1,8. Por ello, la sentencia concluye que constituye una imprudencia temeraria conducir en dicho estado, y esta imprudencia elimina el concepto de accidente laboral conforme al art. 115 LGSS y rompe la presunción de accidente laboral al sobrevenir en el lugar y tiempo de trabajo, pues el accidente no se ha ocasionado por el trabajo en sí, sino por la imprudencia del accidentado.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de octubre de 2001,** I.L. J 2752, reitera la jurisprudencia según la cual el infarto de miocardio se considera accidente de trabajo en ciertos supuestos, como es el supuesto de hecho de la sentencia, según el cual mientras el trabajador prestaba sus servicios en la empresa y tras el descanso del bocadillo (que el trabajador no agotó) sufrió un desvanecimiento y fue trasladado a un centro hospitalario donde se le diagnosticó un Aneurisma CM Izda. Serán accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo, y ello alcanza no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades.

Constituye accidente de trabajo, según la **STSJ de Extremadura de 5 de diciembre de 2001,** I.L. J 3108, no sólo el accidente propiamente sino también el agravamiento de unas enfermedades o defectos que el trabajador padecía con anterioridad, y que se han agravado como consecuencia del accidente de trabajo sufrido, cuya realidad no ha sido discutida y cuyas secuelas continúan aún, impidiéndole su actividad laboral, por lo que entre esas secuelas y el accidente existe la relación de causalidad que determina que deban considerarse derivadas del accidente laboral.

Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de noviembre de 2001,** I.L. J 3285, se aplica la doctrina del accidente de trabajo *in itinere* a aquel accidente que sucede cuando el trabajador –que ha concluido su jornada laboral a las 22,30 horas, en época estival– se cambia y asea en el propio centro de trabajo, recoge a su novia que le espera fuera del mismo, y se dirigen ambos en una motocicleta a su domicilio habitual, sufriendo el accidente de tráfico sobre las 23,10 horas al ser embestida la motocicleta lateralmente por otro vehículo. En este supuesto concurren todos los elementos para calificar el accidente como accidente de trabajo, puesto que concurre al regresar el trabajador a su domicilio habitual, en este caso el que normalmente utilizaba en época veraniega. Y el tiempo que

media entre la conclusión de la jornada y la producción del accidente es razonable, habida cuenta que el trabajador hubo de cambiarse y asearse tras la jornada laboral en el mismo centro de trabajo y de que dicho centro de trabajo se encuentra en zona céntrica de la ciudad, así como el medio de transporte era el adecuado.

No se considera accidente la patología degenerativa que sufre el demandante en la zona cervical y lumbar, según la **STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3308. En dicha resolución se concluye que las lesiones de carácter degenerativo que padece el actor no pueden tener directa relación con la causa de la baja médica motivada por el accidente de trabajo, con diagnóstico de contusiones varias, atendiendo al carácter degenerativo y progresivo de las lesiones, preexistentes a la fecha del accidente, pues tampoco este suceso provocó su manifestación ni agravación, ya que se trata de una patología lenta y de larga evolución que pudiera relacionarse con la exposición a ciertas posturas durante largos períodos de tiempo.

B) Indemnización por daños y perjuicios

Según la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2660, las lesiones derivadas del accidente de trabajo se produjeron en 1996. La responsabilidad del empresario deriva del cumplimiento defectuoso de la relación laboral, y en concreto de la deuda de seguridad *ex* arts. 4.2.d) y 19 ET. Sin embargo, su exigibilidad está sometida al término de prescripción anual del art. 59.2 ET, cuyo día inicial coincide con aquel en que los perjuicios pudieron cuantificarse por vía compensatoria dineraria (art. 1968 CC), que ha de fijarse en la fecha en la que el actor fue declarado incapacitado total a consecuencia de las secuelas del accidente (esto es, el 3 de julio de 1998), por lo que se habría consumado el plazo de prescripción.

Sobre el cómputo del plazo de prescripción para solicitar la indemnización por daños y perjuicios también se pronuncia la **STSJ de Castilla León (Burgos) de 23 de julio de 2001,** I.L. J2721. Según dicho Tribunal, el plazo a los efectos de prescripción hay que empezar a computarlo el día en que las acciones pudieron ejercitarse, esto es, a partir del día en el que se produjo el accidente, en el que falleció el trabajador, y no cuando recayó sentencia firme confirmando el recargo por falta de medidas de seguridad.

C) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene

La **STSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2001,** I.L. J 2816, estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, argumentando que el accidente de trabajo tuvo lugar, no cuando el trabajador descendía un nivel en el poste de electrificación (para lo cual hubiera desenganchado el cinturón de seguridad), sino cuando ya situado en aquél creyó erróneamente que lo había enganchado de nuevo y desplazó su cuerpo hacia atrás, soltando las manos y precipitándose al vacío. Según la sentencia, la empresa había dotado a sus trabajadores de cinturón de seguridad adecuado, de tal suerte que si se produjo el

accidente lo fue por descuido o falta de atención del propio trabajador accidentado, por lo que no procede el recargo de prestaciones.

En la **STSJ de Aragón de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3204, se exime al empresario de la responsabilidad por responsabilidad civil, alegándose que el atrapamiento de la mano derecha del actor por la prensa propiedad de la empresa se produjo, no tanto por el defectuoso funcionamiento de la máquina o la ausencia en ella de dispositivos adicionales de seguridad adecuados a las características de la misma y del puesto de trabajo (individual) como por la acción –con ocasión de uno de los relevos en dicho puesto de uno de los trabajadores que la servían–. Por ello, la sentencia concluye que no cabe apreciar en ese supuesto una actuación reveladora de culpa o negligencia causalmente relevante y que habría de generar la indemnización por responsabilidad civil que se solicitaba por el trabajador.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES

La imputación de responsabilidad en el pago de la prestación por incapacidad temporal cuando tal contingencia derivada de accidente de trabajo haya sido cubierta por dos mutuas diferentes en los períodos en los que el trabajador hubiera permanecido en dicha situación, se resuelve según la **STSJ del País Vasco de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2849, determinando cuándo se produce el hecho causante. De suerte que no sirven para determinar la entidad responsable el momento en que se producen las secuelas derivadas del accidente de trabajo, sino el momento del accidente de trabajo porque éste es el riesgo asegurado y por lo tanto, es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso aparezca con posteridad.

10. ASISTENCIA SANITARIA

A) Reintegro de gastos sanitarios

Según la **STSJ de Asturias de 16 de noviembre de 2001,** I.L. J 2671, el riesgo característico de la urgencia vital no tiene por qué referirse de modo estricto o exclusivo al bien extremo de la vida. De modo que junto con el riesgo de muerta cabe considerar todos aquellos en que se comprometen valores vitales del individuo, es decir, bienes que atañen a la integridad de su dignidad y decoro, en los límites cuyo quebrantamiento no tolera la convención social tachándolos de inhumanos.

La **STSJ de Valencia de 1 de junio de 2001,** I.L. J 2693, señala que para apreciar desatención injustificada es precisa una previa solicitud a la Inspección Médica, o al menos a la Entidad Gestora, y para urgencia vital se precisa una situación de real urgencia y gravedad. Tampoco se aprecia si se demora la intervención privada. Dado que en el Decreto 63/1975 sólo se habla de urgencia vital, ya no existe la desatención injustificada, por tanto la lista de espera no puede calificarse como desatención.

En la **STSJ de Valencia de 29 de junio de 2001,** I.L. J 2712, la cuestión se centra en determinar si el tratamiento de ortodoncia prescrito por facultativos dela Seguridad Social debe ser considerado como derivado de asistencia sanitaria a cubrir por los servicios médicos oficiales, o como prestación sanitaria especial, al tratarse de una prótesis que tan sólo abarcaría el derecho a una ayuda económica en los casos y según el baremo establecido. Y según esta sentencia, el tratamiento prestado como prótesis especial tan sólo generaría derecho a una ayuda económica siempre que hubiera sido incluida dentro de la prestación de productos ortoprotésicos, por lo que no nos encontramos ante el supuesto de una urgencia vital, sino ante un recurso a la medicina privada sin autorización.

Según la **STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2852, cabe el reintegro de gastos sanitarios ante un tratamiento de fotodinámica efectuado en la medicina privada, ya que la indicada técnica fue acertada y conveniente para el trabajador, al haberle salvado la posible pérdida de visión total. Indicado lo anterior, es indudable, según la sentencia, que existió una urgencia, gravedad y necesidad en la situación del demandante, ya que no se ha probado que la técnica sea ineficaz, debiendo acogerse aquellas técnicas que son las únicas idóneas para salvar la carencia de salud.

La **STSJ de Canarias de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 3177, señala que no hay derecho de elección entre la medicina pública y la privada en el Régimen General de la Seguridad Social, de modo que la normativa no concede a los afiliados y beneficiarios un derecho de opción, sino que la medicina privada tiene carácter excepcional a justificar por el beneficiario ante los tribunales. En el caso concreto el actor solicitó el alta voluntaria, no existiendo por tanto error en el diagnóstico, ni tampoco riesgo para su vida, por lo que se apartó voluntariamente de la medicina pública, usando la privada.

Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 2001,** I.L. J 3281, el hecho de que el actor optase por recurrir a la Sanidad privada, por propia iniciativa, sin que conste en modo alguno ni la denegación de tratamiento médico ni la urgencia vital, hace inviable el reintegro de los gastos sanitarios.

La **STSJ de Andalucía de 28 de septiembre de 2001,** I.L. J 3395, señala que la urgencia vital supone la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere una inmediata atención, imposibilitando acudir al servicio médico asignado. Y en el presente caso, no existía un supuesto de urgencia vital, pues el demandante acudió por su propia iniciativa a la utilización de los servicios de la medicina privada, sin esperar a ser llamado por el Servicio de cardiología de la sanidad pública, en el que se encontraba en una lista de espera única y nacional para todas las unidades de transplantes, y en el que el tiempo de espera está en función de una serie de datos ajenos al carácter público o privado de la institución sanitaria. Según la sentencia, la Seguridad Social no está obligada a sufragar los gastos ocasionados por el transplante realizado en una clínica privada, al no existir en el caso urgencia vital.

B) Responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria

Según la **STSJ de Valencia de 10 de julio de 2001,** I.L. J 2986, para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria a los beneficiarios del sistema público de la Seguridad Social, no se exige necesariamente la existencia de culpa o negligencia, siendo el orden jurisdiccional competente el contencioso-administrativo cuando estemos ante daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria por parte de la Administración de la Seguridad Social.

Según la **STSJ de Valencia de 11 de noviembre de 2001,** I.L. J 3008, y ante la cuestión de si las mutuas patronales, en tanto que entidades colaboradoras de la Seguridad Social quedan sujetas a la responsabilidad objetiva por el funcionamiento de los servicios públicos, excluido el de fuerza mayor, concluye de manera afirmativa, puesto que, como entidades colaboradoras, tienen que quedar sujetas al art. 106 de la CE para el funcionamiento de los servicios públicos, salvo el caso de fuerza mayor.

Señala la **STS de 20 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 3370, que por lo que respecta a la sanidad pública, la prestación de la asistencia sanitaria ha de dispensarse con los medios disponibles del Sistema Nacional de Salud. En el supuesto de autos, en que se denegó el reintegro de gastos sanitarios, el actor acudió a la medicina privada, no porque el INSALUD careciese de centros hospitalarios en los que habría podido practicársele la intervención quirúrgica recomendada, sino porque, no existía en el ámbito de la Seguridad Social, a juicio del beneficiario, ningún centro que tuviera experiencia suficiente para garantizar unos resultados buenos y fiables, es decir, mayores garantías en orden a los resultados.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

Según la **STSJ de Valencia de 7 de junio de 2001,** I.L. J 2698, el actor no reunía la carencia precisa para devengar la prestación de incapacidad temporal dado que no se pueden computar cotizaciones no efectuadas como si se hubieran abonado por el mero hecho de encontrarse el beneficiario en situación asimilada al alta o en alta por no haber cursado la baja.

Según la **STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2001,** I.L. J 2756, las percepciones por guardias médicas no se encuentran entre las de carácter fijo y por esa razón no se incluyen en la mejora social de la incapacidad temporal, debido a su aleatoriedad en cuanto a su realización y número, y porque no tienen carácter consolidable, elemento este inherente a los conceptos que deben integran la mejora social voluntaria.

Según la **STS de 11 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2868, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la recaída o agravamiento de una afección

asmática con baja médica de la actora debe determinar, en el caso concreto: en primer lugar la percepción del subsidio de incapacidad temporal hasta el agotamiento de los días restantes; y en segundo lugar, o bien la calificación inmediata de la invalidez permanente en el grado correspondiente, o bien la demora de tal calificación con la correspondiente prolongación del subsidio mientras continuara la baja médica.

Según la **STS de 21 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2902, el trabajador en alta médica, al que no le acompaña informe-propuesta de invalidez permanente, está en condiciones de ser readmitido o reincorporarse a un trabajo o si le falta podrá percibir las prestaciones de desempleo correspondientes, pero no reúne las condiciones para seguir percibiendo el subsidio de incapacidad temporal.

La **STSJ de Valencia de 17 de julio de 2001,** I.L. J 2990, señala que para el cálculo de la base reguladora de un trabajador fijo discontinuo, debe aplicarse analógicamente la normativa del trabajo a tiempo parcial, dividiendo el importe total de la cotización del año anterior por el número de días efectivamente trabajados y ello porque el art. 12 del ET, tras la reforma de 1994, incluye entre los trabajadores a tiempo parcial, a los denominados "fijos discontinuos".

En la **STSJ de Andalucía de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 3027, la cuestión debatida se limita a plantear si a efectos de determinar el período de carencia necesario para el reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social deben ser computadas las cotizaciones realizadas por todas las pagas extraordinarias estipuladas en el convenio colectivo o bien actúa como tope los días-cuota correspondientes a las dos gratificaciones extraordinarias. Y la cuestión ya ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de diciembre de 2000, al señalar que la Seguridad Social no es disponible por la voluntad de trabajadores y empresarios.

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2001,** I.L. J 3046, la cuestión que se suscita es la de determinar a quién corresponde asumir el abono de la prestación de incapacidad temporal de un trabajador que tras la extinción de su contrato de trabajo, la empresa cesa en la colaboración voluntaria en la gestión de la incapacidad temporal. Y la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de noviembre de 1997 en el sentido de que corresponde a la empresa autorizada abonar directamente el pago.

La **STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2001,** I.L. J 3344, aborda el recurso interpuesto por la Mutua contra la sentencia que desestimó su pretensión de dejar sin efecto la Resolución del INSS en la que se declaraba que la incapacidad temporal del trabajador lo era por accidente de trabajo y no por enfermedad común, y según la sentencia de instancia, al haber ocurrido el proceso cardíaco en lugar y tiempo de trabajo, hay que entender que es accidente de trabajo.

Según la **STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3381, la situación de incapacidad temporal puede durar más de 18 meses, de modo que lo que los negociadores del convenio colectivo quisieron, al mencionar el plazo de 18 meses fue limitar la obligación de pago de la mejora a los casos en que la declaración de invalidez se produce cuando el trabajador, en la fecha del alta médica que pone en marcha el expediente de invalidez, lleva menos de 18 meses en situación de incapacidad temporal.

En la **STSJ de Cantabria de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3287, el supuesto sometido a debate es el siguiente: la empresa demandante y ahora impugnante, abonó a la trabajadora una cantidad determinada en concepto de subsidio de incapacidad temporal, en virtud de pago delegado y procediendo con posterioridad a la deducción de dicha cantidad en los correspondientes TC2, para su oportuna compensación, resultando que más tarde el INSS dictó resolución declarando que la trabajadora no tenía derecho al percibo del subsidio (por no reunir la carencia necesaria).

B) Mejoras voluntarias e incapacidad temporal

Según la **STSJ de Extremadura de 22 de noviembre de 2001,** I.L. J 2829, y al abordar un complemento de la prestación de incapacidad temporal, señala que para la efectividad de éste se precisa la correspondiente hospitalización como se desprende del convenio colectivo. En idénticos términos se pronuncia la STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2001, I.L. J 2822.

La **STSJ de Aragón de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 2960, señala que cabe la mejora convencional de la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común conforme que la otorga desde el primer día del inicio del correspondiente proceso.

Según la **STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3065, no procede la mejora voluntaria en concepto de incapacidad temporal cuando el convenio colectivo se refiere a accidente de trabajo y no a enfermedad profesional, ya que aunque la enfermedad profesional es una variedad del accidente, ello no significa que pueda llegarse a una identificación total entre ambas contingencias y es que extender las mejoras a situaciones no previstas en el convenio sobre la base de que son contingencias de la misma naturaleza altera los términos del pacto.

C) Incapacidad temporal y regímenes especiales

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3020, señala que el impago de una sola mensualidad no producido por voluntad o negligencia del asegurado, sino por problemas relacionados con la domiciliación bancaria del recibo, no puede determinar la denegación del abono del subsidio de incapacidad temporal en el Régimen Especial Agrario por no hallarse al corriente del pago de las cuotas adeudadas. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía de 13 de noviembre de 2001, I.L. J 3024.

Según **STSJ de Andalucía de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3029, el art. 44.2 de la LGSS según el cual "cuando se trate de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento", es aplicable también al RETA, y tal caducidad no puede entenderse revisada por el mero hecho artificio de efectuar una nueva solicitud una vez que el actor se puso al corriente en sus descubiertos.

La **STSJ de Andalucía de 7 de noviembre de 2001,** I.L. J 3167, señala que la normativa de seguridad social ofrece a los trabajadores autónomos la posibilidad de subsanar los posibles defectos de cotización ingresando las cuotas adeudadas en el período de 30 días naturales siguientes a la invitación que al efecto les dirija la Entidad Gestora. En el caso de autos, aunque el actor no se encontraba en la fecha del hecho causante al corriente en el pago de las cuotas, sí que tiene derecho a causar la prestación de incapacidad temporal porque ingresó la cuota con el recargo en el mes siguiente al requerimiento efectuado al efecto.

12. MATERNIDAD

STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2001, I.L. J 2809. Se resuelve la cuestión controvertida sobre si la adopción múltiple ha de ser equiparada a los partos múltiples a efectos de prestaciones económicas desestimando el derecho a subsidios en este caso ya que, se mantiene, el Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sólo contempla el supuesto de prestación por parto múltiple cuando se trate de hijos "nacidos" y cuando la norma quiere hacer la equiparación así lo hace constar.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

Un trabajador afiliado al RETA fue dado de baja por falta de pago de sus cotizaciones, tras quedar desatendidos los requerimientos enviados por correo y los publicados mediante edictos. Sin embargo, y desde una población distinta, en los últimos tres años la misma persona había pagado regularmente sus cotizaciones. La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 2774, concluye por ello que "no se puede reconocer que se ha cobrado mes a mes durante tres años y siete meses las cuotas correspondientes como afiliado al RETA y declarar que no se le considera en situación asimilada al alta y negar las prestaciones por IT" no sin manifestar prudentemente que renuncia a dilucidar qué es lo que ocurrió entre el actor y la TGSS, que no figuraba como demandada.

El Tribunal Supremo ya zanjó en tres **SSTS de 28 de febrero de 2001,** I.L. J 259, 260 y J 261, dictadas en Sala general la interpretación que debía darse a la posible retroacción de cotizaciones ficticias reconocidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y por los

RRDD 487/1998, de 27 de marzo, y 2665/1998, de 11 de diciembre, a quienes tras haber abandonado la vida religiosa se hallarían imposibilitados de obtener su jubilación por falta de carencia, a consecuencia de la tardía incorporación de los religiosos al sistema de Seguridad Social; concluyéndose en aquellas sentencias que no podían presumirse cotizaciones anteriores al 1 de enero de 1962, por ser ésta la fecha en que se instauró el RETA, no siendo posible lucrar prestaciones referidas a períodos de inexistencia del Régimen Especial al que posteriormente estuvieron afiliados; y, en virtud de las normas antedichas la asimilación a cotizantes es posible para los sacerdotes secularizados hasta el 1 de enero de 1978, y para los religiosos hasta el 1 de mayo de 1982. La **STS de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 2865 aplica tal doctrina a una religiosa secularizada en 1972 que profesó en 1957; la **STS de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 3370, la **STS de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 2901, y la **STS de 26 de diciembre de 2001,** I.L. J 2908, confirman la misma doctrina; y la **STS de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 2885, la aplica a quien profesó en 1954 hasta 1970; en este último caso se rechaza asimismo que puedan computarse como cotizados los períodos de ejercicio religioso fuera de España, ya que el campo de aplicación del RETA, y en general de nuestro Sistema, se refiere a quienes residan y trabajen en territorio nacional, sin que en el caso pueda procederse a la aplicación de mecanismos de reciprocidad, mantenimiento de derechos o prorrata, que matizan el general criterio de territorialidad, ya que incluso si existiera un Convenio bilateral no sería posible acreditar quince años entre las fechas de 1 de enero de 1962 y la secularización en 1970.

Los afiliados al RETA con posterioridad al 1 de enero de 1998 es claro que no pueden beneficiarse de que sus cotizaciones extemporáneamente pagadas sean útiles para lucrar una prestación más que si su alta en el citado Régimen es posterior a 1994, ya que el redactado actual de la Disposición Adicional Novena LGSS elimina todas las anteriores dudas al respecto. Por ello la **STSJ de Valencia de 24 de julio de 2001,** I.L. J 2991, deniega una pensión de viudedad, que no podía haberse recurrido en suplicación por no alcanzar la cuantía mínima de 300.000 pesetas y respecto a la que asimismo se alegó, pero no se probó se causara después de una situación fáctica de ILT.

La **STSJ de Baleares de 2 de noviembre de 2001,** I.L. J 3031, revoca la deducción del 20 por ciento de una prestación concedida a un afiliado al RETA ya que la invitación al interesado para que ingresase la cuotas debidas se realizó con errores iniciales en su cuantía y fue atendida puntualmente una vez corregidos, hasta el punto que el interesado tuvo que solicitar la devolución de cotizaciones indebidamente ingresadas.

El pago de una prestación causada en el RETA se efectuará una vez abonadas las cotizaciones en descubierto siempre que las mensualidades no hayan caducado por imperativo del art. 44.2 LGSS, como recuerda la **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3029; y el pago de la prestación causada se efectuará sin deducción alguna si el ingreso de lo adeudado se realiza dentro del plazo de 30 días de haber sido requerido para ello, sin que pueda perjudicar al interesado el retraso de la Entidad gestora en efectuar tal requerimiento según recuerda la **STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de noviembre de 2001,** I.L. J 3167, en base a la STS de 26 de enero de 1994.

Es por la realización habitual de una actividad en una sociedad mercantil, de forma personal, directa, y lucrativa por lo que nace la obligatoriedad de afiliación al RETA, por lo que la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de noviembre de 2001,** I.L. J 3019, considera que no debe encuadrarse en tal Régimen Especial a quien sólo aparece formalmente como administrador sin que haya realizado actividad lucrativa alguna para tal sociedad.

Régimen Especial Agrario

La exigencia de que el afiliado al REA se halle al corriente de pago de sus cotizaciones ha sido flexibilizado excepcionalmente por la jurisprudencia cuando los débitos no superaban un mes en contingencias de IT como lo aplica la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3020, o si se trataba de períodos superiores de descubierto en la contingencia de Incapacidad Permanente. Cuando la prestación causada es por la contingencia de muerte y supervivencia, es la propia norma la que determina los plazos y límites para que los familiares subsanen el impago de cotizaciones. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de noviembre de 2001,** I.L. J 3016, niega que puedan flexibilizarse aún más tales plazos hasta alcanzar un descubierto de 22 meses de cuotas impagadas.

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de diciembre de 2001,** I.L. J 3213, interpreta que la obligatoriedad de afiliación al Régimen General de quienes realizan labores de manipulación de plátanos (Disposición Adicional Vigésima Novena LGSS) no implica la obligación de causar baja en el REA, salvo cuando predominen sobre las tareas agrarias o sobrepasasen los tres meses naturales ininterrumpidos; por lo que es posible el encuadramiento en ambos regímenes en proporción a los días en que se realicen tareas de manipulación del plátano (RG) u otras tareas agrarias (REA) cuando tales tareas encuadradas en el Régimen General bajo un sistema especial son episódicas.

Régimen Especial del Mar

El Régimen especial del Mar en el que se encuadran tanto trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena proporciona una protección especial a sus afiliados; en base a ello la **STSJ de Cantabria de 8 de noviembre de 2001,** I.L. J 2781, considera justificado que se exija con rigor que las actividades marinas deben constituir el medio fundamental de vida, circunstancia que no se da cuando quien solicitaba la afiliación percibía una pensión por Incapacidad Permanente Total causada en una anterior actividad laboral como vigilante jurado, por importe superior al Salario Mínimo Interprofesional.
.

Regímenes Especiales desaparecidos

El extinto régimen especial de la **Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local**, integrado mediante el RD 480/1993, de 2 de abril, en el Régimen

General, es objeto periódicamente de algunas demandas, algunas en solicitud del rescate del Seguro de Vida que antaño protegía a quienes al mismo se hallaban afiliados de forma que al jubilarse podían percibir el 50 por ciento del valor actuarial de rescate, quedando igual porcentaje para beneficiar a los familiares supervivientes tras el fallecimiento del causante. Tal rescate se calculaba en base al haber regulador de las prestaciones básicas –como resuelve la **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3349–, y podía realizarse sea con antelación mínima de cinco años a la jubilación, o de no haberse solicitado con tal antelación, tras cinco años después de la jubilación forzosa por edad. Quienes antes de la integración de la MUNPAL en el Régimen General solicitaron tal rescate pero se hallaban a la espera del transcurso de este último plazo de cinco años tenían un derecho perfecto, aunque aplazado, al percibo del expresado valor de rescate (STS de 1 de julio de 1996 y otras posteriores). En la **STSJ de Galicia de 22 de noviembre de 2001,** I.L. J 2646, se contempla el caso de una persona que se jubiló voluntariamente antes de cumplir la edad de 65 años, aniversario este que acaeció con posterioridad al 1 de abril de 1993, cuando ya había desaparecido la Mutualidad, por lo que no se cumplían todos los requisitos antes enunciados para que viera satisfecha su pretensión.

También solicita el rescate de su seguro de vida un jubilado que había cotizado a la **Mutualidad de Previsión del INP** con cargo al Fondo Especial del INSS que atiende las solicitudes de prestaciones no incluidas en el ámbito material de protección del Régimen General. Al haberse efectuado tal solicitud en 1997, esto es, mucho después de que tal posibilidad fuese derogada en los Estatutos de la Mutualidad (lo que sucedió en 1984, tras diversas situaciones transitorias) la **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de julio de 2001,** I.L. J 2998, desestima tal petición. Para quienes acogiéndose a tales situaciones transitorias pueden obtener el rescate del 100 por ciento del seguro de vida tal como establecía el Reglamento de la Mutualidad entre 1953 y 1971, no son de aplicación los coeficientes reductores aplicables posteriormente a quienes (período 1971-1984) rescatan el 50 por ciento del capital al jubilarse por razón de edad, como resuelve la **STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 3090, en base a la más reciente jurisprudencia del TS (**STS de 7 de marzo de 2000,** I.L. J 277).

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

La **STS de 12 de noviembre de 2001,** Sala tercera, I.L. J 2762, estima un recurso de casación en interés de ley, declarando como doctrina legal, en su fundamento de derecho décimo, que el cómputo del plazo de caducidad de seis meses (establecido en el artículo 20.3 del Real Decreto 928/1998, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social), se inicia en la fecha en la que la Inspección levante el acta de infracción correspondiente, y no, por el contrario, en la fecha en la que se haya producido la visita de la inspección –de la que el acta trae causa–, si esta última fuere anterior, finalizando en la fecha en la que es notificada la resolución del procedimiento sancionador.

Por su parte, en la **STS de 3 de diciembre de 2001,** Sala tercera, I.L. J 2834, se conoce de un recurso de casación contra una Sentencia de la Audiencia Nacional en un supuesto en el que se impone una sanción de multa por infracción consistente en la falta completa de medidas de seguridad en el trabajo en una obra determinada. La recurrente alega, en primer lugar, indefensión, pues la resolución administrativa inicial afirmó de forma errónea que no existía pliegue de descargos. No ha lugar, según el Tribunal, que prospere tal pretensión, pues consta expresamente, por alusiones al mismo, que las autoridades administrativas tuvieron en cuenta el antedicho pliegue de descargos. Por otra parte interesa la actora sea reconocida vulneración del principio de igualdad en la imposición de la sanción puesto que la que recayó en la empresa subcontratista fue inferior. Al no ser idénticas las conductas sancionadas, entiende el Tribunal que no debe prosperar dicha pretensión. En último lugar, fundamenta su recurso, asimismo, en el hecho que la calificación de la infracción, así como la gradación de la sanción impuesta por ella, no fueron las correctas. En este motivo casacional se parte, al entender del Tribunal, de una construcción errónea, y afirma que la sanción se impuso, efectivamente, por la falta absoluta de medidas de seguridad, hecho que afectaba –aunque existía ciertamente un riesgo potencial– a todos los trabajadores.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La **STC de 13 de junio de 2001,** I.L. J 2766, deniega el amparo al recurrente, el cual solicitaba el reintegro de gastos sanitarios, basándose en la existencia de errores procedimentales en el recurso de suplicación y de la falta de agotamiento de la vía judicial previa. Para la sentencia, y siguiendo la STC 111/2000, de 5 de mayo, la vía judicial previa sólo puede considerarse efectivamente agotada cuando los medios de impugnación pertinentes y útiles se hayan interpuesto en tiempo y forma, ya que si se interponen extemporáneamente o sin cumplir los requisitos procesales exigibles, el órgano judicial que debe resolverlos se verá privado de la posibilidad de entrar en el conocimiento y resolución de los temas de fondo, no pudiendo reparar la lesión constitucional que, en su caso, pudiera ser después susceptible de impugnación en el proceso de amparo constitucional, lo que es contrario a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo. Por otra parte, concurre una manifiesta falta de diligencia en quien, sabiendo que existe una Sentencia que no se pronunció sobre la supuesta vulneración constitucional, imputando dicha falta de pronunciamiento a una conducta procesal errónea e incorrecta del recurrente, ninguna queja formula al respecto, y en modo alguno alude a la corrección de tal declaración judicial, esenciales para apreciar la concurrencia o no de un requisito que hace viable el recurso de amparo.

Según la **STSJ de Valencia de 25 de mayo de 2001,** I.L. J 2691, la jurisdicción laboral no es la jurisdicción competente para conocer de las cuestiones que se plantean en relación con el descuento de cuotas por desempleo efectuado por la empleadora sobre los haberes del trabajador, en virtud del art. 3.b) LPL, según el cual no serán conocidos por los órganos del orden social las impugnaciones de las resoluciones dictadas por la TGSS en

materia de gestión recaudatoria, o, en su caso, por las Entidades Gestoras, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta.

La **STSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2001,** I.L. J 2653, pone de manifiesto los problemas de una irracional distribución competencial entre jurisdicciones: mientras que la sanción de pérdida de las prestaciones de desempleo derivada de infracción muy grave corresponde a la Autoridad Laboral y su impugnación al orden contencioso-administrativo, la resolución de reintegro será competencia del Instituto Nacional de Empleo y, por tanto, su impugnación se realizará separadamente ante la jurisdicción social. Según la sentencia, una solución razonable sería estimar nula la resolución administrativa acordando el reintegro en tanto no se dé el presupuesto de hecho de la norma, cual es la existencia del abono indebido de la prestación por desempleo, y esto sólo ocurrirá cuando la sanción de pérdida de las prestaciones sea firme, bien por no haber sido impugnada en vía contencioso-administrativa, bien porque, si ha sido impugnada, ha recaído sentencia firme en dicho orden jurisdiccional. Y ello porque no es posible presumir una consecuencia negativa para el beneficiario hasta que se demuestre la realidad de los hechos y la culpabilidad del actor. Otra solución sólo sería factible si hubiese disposición en contrario amparada en norma con rango de ley; pero ni en el art. 47.2 ni en el art. 48.4 de la LISOS se dice esto expresamente.

También en relación a la competencia de la jurisdicción laboral, según la **STSJ de La Rioja de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 2980, dicha jurisdicción es competente para conocer de las pretensiones deducidas en la demanda, esto es, la obligación de los beneficiarios de abonar el capital coste de la parte de pensión de jubilación que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso que hayan sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social. Así pues, para que determinada actividad quede incluida dentro del área de la gestión recaudatoria, no basta con que persiga la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social, sino que además estos créditos y derechos tienen que constituir alguno de los recursos que se relacionan en el art. 4 del RD 1637/1995, de 6 de octubre.

La jurisdicción laboral también es competente para conocer de la reclamación a la empresa de los gastos de asistencia sanitaria anticipados por una Mutua, según la **STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 2972. Y ello porque el reintegro que la Mutua pretende no puede considerarse como un acto de gestión recaudatoria de la Seguridad Social, en los términos en que lo concibe el Reglamento General de Recaudación, pues lo que se pide no tiene por objeto ingresar cantidad alguna en las arcas de la Seguridad Social, sino que simplemente nos encontramos en presencia de un acto de la mutua que imputa una responsabilidad en orden a una prestación y respecto de los gastos de asistencia sanitaria satisfechos por dicha entidad, como así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998.

También para la **STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2001,** I.L. J 3306, la jurisdicción laboral es competente en el supuesto de la devolución de la suma indebidamente descontada a la actora por la cuota obrera durante la baja por maternidad. Y ello porque no todo acto de gestión emanado de la TGSS puede considerarse recaudatorio, sino sólo los

que persigan el cobro de sus recursos, y en el presente caso lo que se demanda es la devolución de cantidades indebidamente descontadas a la demandante en cuota obrera durante un período de baja por maternidad, por lo que este supuesto no puede entenderse como acto de gestión que atraiga a la órbita jurisdiccional contencioso-administrativa.

Por el contrario, según la **STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2001,** I.L. J 3137, la jurisdicción laboral no es competente para conocer de los efectos recaudatorios de la baja tramitada de manera tardía después que la TGSS iniciara el procedimiento ejecutivo. El objeto del debate no es realmente el del encuadramiento del trabajador (que debería haber permanecido en el Régimen Especial de los Empleados de Hogar), ni se refiere a los posibles efectos prestacionales de su baja en dicho Régimen Especial, sino exclusivamente a sus efectos recaudatorios, esto es, la obligación o no de pago de cotizaciones por retraso en la comunicación de la citada baja.

En la **STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2001,** I.L. J 2783, se aprecia la excepción de cosa juzgada, basándose en que, en los dos litigios promovidos por la recurrente, concurren las identidades del art. 1252 del Código Civil. Hay, en primer lugar, identidad subjetiva, pues son las mismas partes las que actuaron como tales en los dos procesos en la misma posición procesal. Asimismo, el objeto de las pretensiones es también el mismo, puesto que en ambos procesos se solicitó la modificación de la base reguladora. Existe también identidad en los fundamentos de las pretensiones y en la causa de pedir, porque se pide el cálculo de la base reguladora conforme a la base de cotización del mes anterior a la baja.

Sobre este mismo tema, la **STSJ del País Vasco de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 3280, señala que el efecto positivo de la cosa juzgada –en un supuesto de accidente de trabajo– no exige la perfecta identidad entre dos procesos, de modo que en este caso jugaría el citado efecto. La doctrina sobre la apreciación de oficio de las excepciones de litispendencia y cosa juzgada puede resumirse en que se trata de una cuestión de orden público procesal, dado que la finalidad que persigue es la seguridad jurídica y debe ser apreciada por los tribunales incluso de oficio.

Según la **STSJ de Cantabria de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 2787, no pueden plantearse al Juez cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, debiéndose rechazar las acciones declarativas que tengan tan sólo un interés preventivo o cautelar, pero no efectivo ni actual. En el caso examinado por la sentencia, la actora solicita que un concreto período en el que se percibió el subsidio de incapacidad temporal se declare su derecho a permanecer en alta y se efectúen las cotizaciones correspondientes. En este caso no existe un interés actual o efecto práctico inmediato en la pretensión ejercitada, si se tiene en cuenta que la regulación de las distintas prestaciones y responsabilidades de la Seguridad Social dependen de la legislación aplicable a cada una de ellas en el momento en que surgen o se actualizan unas u otras. En esta línea, puede consultarse también la **STSJ de 28 de noviembre de 2001,** I.L. J 2817.

En relación al controvertido tema del litisconsorcio pasivo necesario, la **STSJ de Valencia de 10 de julio de 2001,** I.L. J 2985, analiza un supuesto en el que el actor solicita que se dicte sentencia frente al INSS, en la que se declare no haber lugar a la reclamación por prestaciones indebidamente percibidas. Ahora bien, que el actor considere que la auténtica deudora es su ex esposa, por ser la preceptora de la cantidad reclamada, no es razón suficiente para traerla al proceso, ya que el demandante demanda frente una resolución del INSS, pero en ningún momento pide en el suplico que sea condenada la madre de su hija.

En cuanto a la legitimación pasiva del INSS, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3258, señala que dicho Instituto se encuentra legitimado en todos los procesos derivados de altas médicas, habida cuenta de que si se estima su reclamación, ha de ser condenado al pago de la prestación que corresponda en la situación de IT.

Respecto al plazo para la reclamación de una indemnización por culpa extracontractual, la **STSJ de Madrid de 15 de noviembre de 2001,** I.L. J 3197, señala que –ejercitada la acción del art. 1902 CC derivada de accidente laboral, el plazo de prescripción de un año ha de computarse desde el momento en que las acciones pudieron ejercitarse, y habrá transcurrido tanto si el *dies a quo* se corresponde con la fecha del alta médica con propuesta de invalidez como si es la del dictamen propuesta, por ser el momento en que establecido el alcance del daño corporal y calificadas como definitivas las secuelas, el actor tiene a su disposición todos los elementos fácticos que le permiten ejercitar la acción–. Por el contrario, la fecha no lo será la de declaración de invalidez permanente total, pues no se está aquí cuestionando el grado de invalidez, sino ejercitando una acción independiente de las que recaen sobre prestaciones de la Seguridad Social.

El valor y fuerza probatoria de las actas de la Inspección de Trabajo, según la **STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3062, quedan centrados en los hechos que, por su objetividad, son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por otros medios de prueba consignados en la propia acta, es decir, a las circunstancias del caso y a los datos que han servido para su elaboración, y no a las apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, y constituyen una presunción *iuris tantum*, que desplaza a quien perjudica la carga de probar que aquéllos no se ajustan a la realidad de los hechos. En el supuesto de la sentencia, si bien es cierto que la visita de la Inspección no se produce hasta dos semanas después de producirse el accidente, tal circunstancia no priva, por sí misma, de virtualidad a su actuación, si no consta una modificación sustancial de la situación del lugar y elementos intervinientes en el accidente.

Para la **STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2001,** I.L. J 2812**,** no es posible el reconocimiento de la pensión de invalidez del SOVI por una insuficiencia probatoria, cuando no se describen en qué constan las tareas de la profesión habitual de la actora, ni tampoco si el cese de su trabajo en el año 1969 estuvo conectado o no con la insuficiencia cardíaca que alega que ya padecía en dicho año, siendo dichos hechos esenciales para poder resolver en derecho una invalidez SOVI.

En cuanto a la ejecución de la sentencia de Seguridad Social, la **STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3152, analiza el recurso interpuesto por una Mutua, que entiende que cabe la ejecución, ya que lo requerido guarda relación con el fallo de la sentencia, y alega también a favor de la petición de intereses, entendiendo procedentes su devengo. En suma, se trataba en esta sentencia de analizar si cabe considerar dentro del título ejecutorio lo que pide la Mutua o si, por el contrario, se ha de acudir al procedimiento declarativo correspondiente dentro del orden social. La sentencia concluye que procede esta última opción, por lo que cabe confirmar la decisión recurrida.

La **STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2001,** I.L. J 3081, establece que la sentencia dictada en el recurso en tanto revoca la prestación periódica fijada en la instancia y establece en su lugar una condena al pago de cantidad líquida, da derecho a intereses a favor del acreedor, que se han de devengar *ex lege* desde la fecha en que fue dictada hasta que se ejecuta totalmente la misma, y ello comprende todo el tiempo transcurrido hasta tanto no se haya puesto a disposición del acreedor toda la cantidad fijada en la sentencia de suplicación. La sentencia concluye en que ésta es la voluntad del legislador contenida en el precepto, que claramente fija el inicio del devengo de intereses en la fecha de la sentencia dictada en primera instancia, en este caso, por analogía, la sentencia dictada en sede de recurso, y sin excluir período alguno por ningún concepto.

En cuanto al plazo de prescripción de la ejecución, la **STSJ de Cantabria de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3216, diferencia entre dos supuestos: el referido a la entrega de una suma de dinero, que es siempre de un año y el que alude a las prestaciones periódicas de la Seguridad Social, que prescriben por el transcurso del plazo fijado en las leyes sustantivas. La consecuencia es la aplicación del art. 43 LGSS, y en éste se establece un plazo de prescripción que afecta al derecho al reconocimiento de las prestaciones y que se produce por el transcurso de 5 años desde el día que tenga lugar el hecho causante. Por lo tanto, en las prestaciones periódicas el plazo prescriptivo para la acción ejecutiva es de 5 años, contados desde la firmeza en que tuvo lugar el reconocimiento judicial. Dicha regla es aplicable al supuesto de hecho de la sentencia, en el que una Mutua reclama lo anticipado al empresario declarado judicialmente responsable.

Respecto a los intereses de demora procesal, la **STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 2821, señala que –siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo– debe distinguirse entre aquellos supuestos en los que la consignación se realiza en fase de ejecución y que tiene valor de pago, y aquellos otros supuestos en los que la consignación tiene como fin el asegurar la ejecución y es requisito para interponer el recurso. En esta línea, también el Tribunal Constitucional ha dejado claro que consignación y pago de intereses responden a finalidades diversas. La primera es una medida cautelar tendente al logro de un triple objetivo: asegurar la ejecución de la sentencia, evitando que recaiga sobre el trabajador el *periculum morae* de reducir el planteamiento a recursos meramente dilatorios; la segunda posee un cariz compensatorio o reparador del perjuicio causado al acreedor por la demora en el pago de una deuda, tanto de conservar su valor nominal consignando en la resolución judicial y una consecuencia inherente al uso de la Administración de

Justicia que viene a compensar por los perjuicios que la continuación del proceso le hubieran podido ocasionar. Así pues, la consignación de la condena para poder recurrir no releva de la obligación de pagar intereses.

La **STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2001,** I.L. J 2647, rechaza el cálculo de intereses en caso de indemnización a tanto alzado. En el supuesto juzgado por la sentencia, existe una resolución de ejecución que no condena al pago de cantidad líquida alguna, sino al abono, de modo genérico, de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo. Si bien entre tales prestaciones figura la indemnización a tanto alzado, de cuyo importe se postula el abono de intereses, el importe de la misma no ha sido señalado hasta el 20 de noviembre de 2000. Por ello, si la Mutua ejecutada abonó la indemnización al día 17 del mismo mes de noviembre, ésta no viene obligada a pagar los intereses.

Julia López López
Eusebi J. Colás Neila
Nuria Pumar Beltrán
Eugenia Revilla Esteve
Francisco Andrés Valle Muñoz
Consuelo Chacartegui Jávega
Ignasi Areal Calama
Josep Fargas Fernández
Eva Garrido Pérez

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

Sumario*:

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) *Cuestiones generales.* C) *Nivel contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora.* e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) *Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.* a) Requisitos generales. b) *Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación.* c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros Subsidios Especiales. *c). Cuantía y dinámica del derecho al subsidio.* d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) *Gestión, financiación y pago.* G) Valoración final. **2. Jubilación.** *A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación.* c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. *e) Jubilación anticipada. f) Jubilación complementaria. g) Compatibilidad e incompatibilidades.* B) *Jubilación no contributiva.* a) Situaciones protegidas. *b) Requisitos generales.* c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) *Gestión, financiación y pago.* **3. Incapacidad permanente.** *A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos.* a') Criterios de valoración: los baremos. *b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva).* a) Concepto. *b) Requisitos del beneficiario.* c) Cuantía de la pensión. d) *Dinámica de la prestación.* e) Compatibilidad e incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** *A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.*

(*) Se reproducen en cursiva los apartados que contienen comentario de sentencia. Los restantes apartados tienen simple valor sistemático.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 13 a 16 de 2002 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2627 a J 3406).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

B) Cuestiones generales

El **Tribunal Superior de Justicia de Valencia** en **Sentencia de 25 de mayo de 2001,** I.L. J 2691, declara al orden jurisdiccional social incompetente para conocer del descuento de la cotización por la contingencia de desempleo, por tanto, reiterando anterior doctrina jurisprudencial al respecto, proclama a la jurisdicción contencioso-administrativa competente para llevar a cabo el control de la función recaudatoria de la Seguridad Social, dada la naturaleza administrativa de los actos que regulan el desarrollo de la gestión recaudatoria. De modo similar la **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3126, declara incompetente al orden jurisdiccional social para entender de la revocación de la sanción impuesta por la Jurisdicción contencioso-administrativa respecto a la extinción de la prestación por desempleo.

La **STSJ de Valencia de 12 de junio de 2001,** I.L. J 2702, resuelve la cuestión de si el INEM tiene la facultad de revisar las prestaciones que hubieran sido incorrectamente reconocidas y exigir la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, sin necesidad de utilizar la vía judicial. Esta cuestión ya ha sido planteada en diversas ocasiones ante el Tribunal Supremo (SSTS en unificación de doctrina de 29 de abril y 12 de junio de 1996) y los Tribunales Superiores de Justicia, (STSJ de Cantabria de 15 de marzo de 1999), que han entendido que: "(...) el artículo 22 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, autoriza al INEM a concertar los servicios que considere convenientes, con relación al número 1 del citado precepto, para exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas (...). El artículo 33 del RD 625/1985, de 2 de abril, contiene el desarrollo reglamentario del precepto, ahora contenido en el artículo 227 del TRLGSS, y esta regulación específica y expresa impide la aplicación del artículo 145 LPL".

C) Nivel contributivo

a) Sujetos beneficiarios

Como ya hemos tratado en otras ocasiones, en el caso de trabajos familiares es necesario, para entender que procede la concesión de la prestación por desempleo, probar la existencia de la presunción de laboralidad. En la **STSJ de Valencia de 6 de junio de 2001,** I.L. J 2695, el Tribunal entiende que esta presunción queda acreditada por dos hechos: el

actor no es socio, ni consta que de ninguna manera dirija la empresa; se acredita el carácter retribuido de los servicios en virtud de un contrato de trabajo celebrado al efecto. Esta sentencia, sin embargo, cuenta con un voto particular que entiende que el pronunciamiento debe ser el contrario, pues con la presentación del contrato de trabajo no se prueba sino una apariencia contractual, no el vínculo real de trabajo y retribución; sólo se acredita el contrato y formalidades externas del vínculo laboral, pero no el trabajo efectivo y la retribución.

b) Requisitos de acceso a la protección

La extinción de la prestación por desempleo, así como dejar sin efecto la inscripción como demandante de empleo por haber rechazado una oferta de empleo adecuada, debe quedar suficientemente justificada por la Entidad Gestora, de manera que no se puede sancionar a la solicitante cuando no exista prueba fehaciente de que la misma haya renunciado a una oferta de empleo adecuada. **STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de octubre de 2001,** I.L. J 2736.

Las situaciones de fraude de ley para lograr la obtención de las prestaciones por desempleo siguen suscitando una numerosa labor jurisprudencial; sin embargo, hemos de decir que los Tribunales laborales vienen utilizando la técnica de la sanción por fraude de ley prevista en el artículo 6.4 CC con excesiva amplitud, y no siempre su aplicación es correcta, pues es necesario estar al caso concreto, sopesando cuidadosamente los diversos elementos probatorios para determinar si existe o no conducta fraudulenta, ya que el fraude de ley nunca se presume, así, en el caso resuelto por la **STSJ de La Rioja de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2683, el fraude de ley queda debidamente acreditado, pues existe connivencia entre el actor y el administrador único de la empresa para extinguir el contrato del actor con base en una extinción por causas objetivas, cuando no concurrían los requisitos exigidos por el artículo 52.c) ET; es más, la inspectora de trabajo ya les adelantó que no existían las causas alegadas que justificaran la solicitada regulación de empleo, y sin embargo, el actor no hizo nada en defensa de su puesto de trabajo, asimismo, la **STSJ de Murcia de 19 de noviembre de 2001,** I.L. J 2678, deniega la prestación por desempleo por entender que existe fraude de ley en un caso en que el actor cesa voluntariamente en una relación laboral indefinida para acceder a otra de carácter temporal por obra o servicio determinado, que sólo duró escasos días y con una retribución menor. Sin embargo, tales datos por sí solos no justifican la existencia de fraude de ley, pues como establece la propia sentencia: "(...) existen suficientes indicios que inequívocamente nos llevan a tal conclusión, como son: a) que la contratación temporal, para obra o servicio determinado, se hiciese al día siguiente del cese voluntario; b) la falta de concreción de la obra o servicio que se iba a realizar (...) c) indeterminación del motivo del cese a los seis días de iniciar el trabajo (...), d) la menor retribución en este segundo contrato (...)"; en el mismo sentido **STSJ de Asturias de 14 de diciembre de 2001,** I.L. J 2949, y **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J.2848. Por otro lado la **STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de octubre de 2001,** I.L. J 2733, estima la concesión de la prestación por desempleo en un caso en el que la existencia de fraude de ley no queda probada al no existir más que simples presunciones, y no constar prueba alguna de la que se infiera con mínima fiabilidad el fraude de ley. En el mismo sentido **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de octubre de 2001,** I.L. J 2750.

La prestación de servicios del actor para el sindicato CCOO como sindicalista, percibiendo una retribución mensual, estando como liberado sindical, y sin que conste que el mismo se encuentre en situación de excedencia forzosa, hace que el Tribunal estime que no queda acreditada la situación legal de desempleo, pues la relación carece de la nota de ajenidad que es requisito indispensable para poder otorgarle el carácter de laboral. Es más no existe ningún precepto de carácter internacional en el que se establezca el derecho de un sindicalista o liberado sindical, por este solo carácter a percibir desempleo. **STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 2001,** I.L. J 2968. Tampoco se da la nota de ajenidad ni la de dependencia en el caso en que la actora controle junto con su esposo, la sociedad mercantil en la que prestaba sus servicios, hallándose vinculada a los otros socios por vínculos de parentesco y afinidad, **STSJ de Galicia de 7 de diciembre de 2001,** I.L. J 3085.

La ***STS de 26 de diciembre de 2001,*** I.L. J 3375, resuelve la cuestión de si tienen derecho a las prestaciones de desempleo aquellos trabajadores que han sido despedidos de modo individual y mediante carta por razones objetivas, cuando el despido acordado por la empresa excede de 5 trabajadores y alcanza a la plantilla entera de la misma, y los trabajadores despedidos se aquietan a la decisión de la empresa sin impugnarla judicial o extrajudicialmente. En este caso el Tribunal Supremo entiende que el actor estaba legalmente en situación de desempleo y reúne los requisitos legales para lucrar la prestación, pues el artículo 208.1.1.d) declara en situación legal de desempleo al trabajador que extinga su relación laboral "por despido basado en causas objetivas". Esta causa legal de desempleo no exige que sea declarada judicialmente la procedencia del despido por causas objetivas, sino simplemente que haya un despido efectivo y que éste se haya justificado por la empresa en causas objetivas.

c) Contenido y modalidades de la prestación

La modalidad de pago único de la prestación por desempleo actúa como medida de fomento del autoempleo, razón suficiente para entender que la existencia de una modificación en el proyecto inicialmente aprobado, que no sea sustancial y de la cual no pueda extraerse que no se realizó la afectación económica de la prestación percibida no puede ser sancionada con la revocación de la cantidad otorgada. **SSTSJ de Galicia de 6 y 24 de noviembre de 2001,** I.L. J 2652 y 2648 y de **Cataluña de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3061.

El artículo 203.3 TRLGSS establece que el desempleo parcial se produce cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción; luego partiendo de este presupuesto, no se considera desempleo parcial las reducciones de jornada definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de vigencia del contrato. Así, en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de octubre de 2001,** I.L. J 3042, el Tribunal estima que no procede la estimación de la prestación por desempleo parcial al entenderse que un contrato temporal seguido de otro indefinido a media jornada debe considerarse como una

relación laboral única, aun cuando se instrumente en dos contratos sucesivos de distinta naturaleza; la relación laboral es la misma, pues la novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

El **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencia de 23 de octubre de 2001,** I.L. J 3047, aplica un criterio flexibilizador ya iniciado en Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1994 y 20 de diciembre de 1995, según el cual "la falta de reclamación jurisdiccional del trabajador ante la decisión empresarial de extinción del contrato de trabajo suscrito por tiempo determinado no convierte a dicha extinción en cese por voluntad del trabajador ni equivale tampoco a renuncia del derecho". Por tanto, procede la concesión de la prestación por desempleo, pues al no existir connivencia entre empresario y trabajador para la adquisición fraudulenta de la prestación, la terminación del contrato por tiempo determinado por voluntad de la empresa ha de subsumirse en el artículo 208.1.1.f) del TRLGSS y no en el artículo 208.2.2 del mismo texto legal. La misma doctrina flexibilizadora del Tribunal Supremo es la que se utiliza por la **STSJ de Baleares de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 3036, para entender que "(...) no puede exigirse al trabajador cesado que efectúe una calificación jurídica de las condiciones del contrato para indagar sobre una posible causa de ilegalidad que invalide la cláusula de temporalidad del mismo", y por tanto estimar la concesión de la prestación por desempleo a una trabajadora fija-discontinua cuya prestación de servicios excede al 77 por ciento de la jornada a tiempo completo.

La regla general establece en cinco años el límite de la obligación de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas. Esta regla tiene dos excepciones: la primera que comprende los supuestos de percepción indebida sobrevenidos como consecuencia del cambio en la interpretación general de determinadas normas, y la segunda que valora la conducta del beneficiario y de la entidad gestora. Esta segunda excepción es la que se invoca en el recurso de suplicación resuelto por la **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 2955, y que con base en las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1996 y de 24 de septiembre del mismo año, entiende que ha de aplicarse cuando se den los dos siguientes requisitos: en primer lugar demora en la Entidad Gestora, que ha de tratarse de un retraso comprobado, manifiesto y significativo, que hay que valorar en el marco de una gestión social, que afecta a prestaciones destinadas a la cobertura de situaciones de necesidad; y en segundo lugar, buena fe del beneficiario que debe ser inequívoca e implica el cumplimiento por parte del mismo de sus obligaciones de información conveniente y puntual a la entidad gestora. En el caso resuelto por el TSJ de Asturias no concurre ni la buena fe del beneficiario ni una demora de la Entidad Gestora, por lo que deberá aplicarse a la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas la regla general que establece en cinco años el límite de la obligación de reintegrar.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares

La **STSJ de Valencia de 29 de junio de 2001,** I.L. J 2710, se enmarca en la doctrina ya reiterada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre las que pueden citarse las de 8 de noviembre de 1993, 24 de marzo de 1994, 30 de mayo de 2000, 12 de diciembre de 2000, (...), según las cuales: "(...) se han de entender por rentas, a efectos del otorgamiento del subsidio por desempleo, las utilidades o beneficios que rinden anualmente una cosa o lo que de ella se cobra, según el importe real percibido y no el valor del patrimonio que el beneficiario pueda poseer (...)". Con base en esta afirmación el TSJ de Valencia deniega el subsidio por desempleo por existir rentas superiores al 75 por ciento del SMI.

b') Subsidio de prejubilación

La **STSJ de Asturias de 9 de noviembre de 2001,** I.L. J 2667, acoge una interpretación flexible acerca del requisito de figurar inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo, siguiendo la doctrina iniciada por el Tribunal Supremo y corroborada por su Sentencia de 17 de abril de 2000, según la cual: "(...) si la omisión de la inscripción como demandante de empleo es inferior a seis meses ello no impide percibir el subsidio (...)". En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 15 de noviembre de 2001,** I.L. J 3179.

La **STSJ de Aragón de 13 de diciembre de 2001,** I.L. J 2963, resuelve conceder el subsidio por desempleo a la actora a pesar de existir una ruptura de continuidad entre el agotamiento de la prestación por desempleo y la solicitud del subsidio por no reunir los requisitos para acceder al subsidio en el momento de finalización de la prestación contributiva. Esta misma sala se había pronunciado con anterioridad, en un caso similar, en sentido opuesto, concretamente en su Sentencia de 5 de febrero de 1997, en la cual había entendido que las cotizaciones efectuadas en virtud de un convenio especial no cubrían la contingencia de desempleo y por tanto el actor no se encontraba en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 215.1.3 en relación con el artículo 215.1.1 de la LGSS, denegando el subsidio por desempleo. Pues bien, el propio Tribunal entiende superada la doctrina seguida por esta sentencia y establece que: "(...) se cumple ese requisito tanto cuando el subsidio de prejubilación nace de forma sucesiva al agotamiento de la prestación contributiva, como cuando existe una ruptura de continuidad, por no reunir los requisitos para acceder al subsidio en el momento de finalización de la prestación contributiva (...)". También otorga un tratamiento flexible, la **STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2853, pero en este caso respecto al requisito de figurar inscrito como demandante de empleo para poder tener acceso al subsidio, este Tribunal siguiendo la STS de 7 de abril de 2000 entiende que "(...) cuando un trabajador ha esta-

do en desempleo y pasan períodos en que no figura inscrito, pero vuelve a la inscripción se está admitiendo de una forma personal y subjetiva que quiere y no puede trabajar (...)"

c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio

La **STSJ de Cantabria de 16 de noviembre de 2001,** I.L. J 2784, resuelve un caso en el que el INEM pretende introducir variaciones sustanciales en el proceso respecto de los datos formulados en la reclamación previa y en la contestación a la misma. El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto entendiendo que, en el juicio pueden invocarse nuevos motivos o alegaciones para fundamentar la respectiva posición, pero sin alterar la identidad entre el objeto delimitado en el expediente administrativo y el de la demanda. Por tanto, la pretensión deducida en la demanda debe ser sustancialmente la misma que la que deriva del expediente administrativo, salvo cuando lo pedido de nuevo en la demanda sea consecuencia o complemento de lo que resulta del expediente.

A efectos de determinar la cuantía de las rentas de la unidad familiar para estimar o no la concesión del subsidio por desempleo, en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de noviembre de 2001,** I.L. J 3023, se realiza una interesante distinción de los siguientes supuestos: que las rentas percibidas sean permanentes y regulares, como por ejemplo, los salarios, pensiones, etc., en cuyo caso basta que concurra un nivel de ingresos superior al legal durante un mes para que proceda la extinción del derecho ya que el requisito de la carencia de rentas a que se refiere el artículo 215.1.1 TRLGSS debe concurrir tanto en el momento del hecho causante como durante la percepción del subsidio por desempleo; que las rentas, aun siendo continuadas, sean de percepción irregular, como por ejemplo, las derivadas de actividades comerciales, mercantiles, agrícolas, ganaderas,..., en cuyo supuesto deben computarse anualmente y prorratearse mensualmente; y que las rentas sean esporádicas y ocasionales que deberán computarse anualmente y prorratearlas mensualmente.

F) Gestión, financiación y pago

El **Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 2863, resuelve un caso en el que se produce un descubierto en la cotización empresarial de corta duración, concretamente de tres meses en una relación de trabajo de una duración de nueve meses que queda atenuada por el abono tardío de las cotizaciones debidas. El Tribunal entiende que en este caso no se aprecia una "voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento" o "resistencia" al mismo sino "incumplimiento parcial por presumibles dificultades de liquidez", incumplimiento que fue atenuado luego por el abono tardío de las cotizaciones debidas. Luego se entiende que no procede responsabilidad empresarial por descubierto en las cotizaciones.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos secularizados

Dos son las cuestiones que en relación con el cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos de la Iglesia Católica secularizados se plantean reiteradamente en el período de referencia a que se refiere esta crónica. Por un lado, sigue siendo una cuestión controvertida, objeto de sentencias contradictorias pese a existir ya una reiterada jurisprudencia al respecto dictada, en unificación de doctrina, por el Tribunal Supremo, la cuestión del período de tiempo que debe computarse a efectos de la pensión de jubilación. Por otro lado, se plantea otra cuestión relativa a la obligación de estos beneficiarios de asumir el pago del capital-coste de su pensión reconocida y asimismo el pago de una tasa en concepto de gastos de tramitación del expediente.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, de nuevo este órgano jurisdiccional reitera el criterio de que, a efectos de la pensión de jubilación de éstos, deben computarse los períodos de actividad sacerdotal anteriores a la creación del RETA, pero sin que este cómputo ficticio pueda ir más allá de 1 de enero de 1962, fecha en que se creó la primera mutualidad de trabajadores autónomos, y ello, en base al principio de igualdad que consagra el art. 14 de la CE, en la medida en que "no se puede sostener que la Ley 13/1996 haya pretendido, además, establecer para el colectivo de sacerdotes y religiosos/as de la Iglesia Católica secularizados un nivel de protección para la jubilación superior a aquel que la legalidad vigente dispensa al resto de los trabajadores, incluidos aquellos que quedaron encuadrados en el RETA desde el momento mismo de la creación de éste y venían desarrollando su actividad con anterioridad a esta creación" **(SSTJ de 17 de diciembre de 2001,** u.d., I.L. J 3370).

En el mismo sentido se pronuncian también las **SSTS de 7 de febrero de 2002,** I.L. 14/2000, LN 11; **de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 2871; **de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 2877; **de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 2901 y **de 26 de diciembre de 2001,** I.L. J 2908. De igual forma se manifiesta la **STS de 17 de diciembre de 2001,** u.d., I.L. J 2887, que además añade, en relación al caso concreto que analiza, que este cómputo de cotizaciones mediante ficción legal no puede llevarse a cabo respecto al tiempo que ejerció su actividad fuera de España, en virtud de lo dispuesto en el RD 3325/1981, por el que se incorpora al RETA el colectivo de religiosos de la Iglesia Católica (que exige expresamente la residencia y el desarrollo normal de la actividad en territorio nacional) y en el artículo 7 de la LGSS (que establece los criterios de nacionalidad y territorialidad dentro del sistema contributivo de la Seguridad Social, aunque los mismos pueden ser matizados por el de reciprocidad y ampliados por los de adquisición y mantenimiento de derecho, unido al de prorrata temporal).

Respecto a la segunda cuestión, se cuestiona la obligación establecida, a través del desarrollo reglamentario de la Ley 137/1996, de 30 de diciembre (RRDD 487/1998, de 27 de marzo y 2665/1998, de 11 de diciembre), para los religiosos y sacerdotes secularizados de asumir el pago del capital-coste de su pensión reconocida y asimismo el pago de una tasa en concepto de gastos de tramitación del expediente. Por una parte se plantea si esta obligación de desembolso establecida reglamentariamente constituye una compra de pensión; por otra parte, si esta obligación constituye una extralimitación reglamentaria; en tercer lugar si la competencia respecto a esta cuestión corresponde al orden social o no, y, por último, si es o no exigible el pago de una tasa en concepto de gastos de tramitación del expediente. En la **STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2001,** I.L. J 3267, declara, al respecto, la conformidad a la ley de los RRDD que establecen la obligación de estos beneficiarios al pago del capital-coste reclamado puesto que en la voluntad del legislador estaba el establecimiento y exigibilidad del pago de cuotas por el período que faltase para acceder a la pensión de jubilación o por el período que sirviese de incremento a la misma como requisito previo para acceder a ello. De esta forma, *no existe compra alguna de pensión en la exigencia del capital reclamado*, ya que:

> "la ley lo que pretende es que se supere esa imposibilidad normativa de cotizar impuesta al colectivo afectado durante un determinado período inicial que estaba igualmente impidiendo el acceso a la prestación o una prestación superior a la reconocida, y no sólo reconocer, sin contrapartida alguna, el período en cuestión, lo cual, por otra parte, contravendría lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 15 de la LGSS acerca de la obligatoriedad de cotizar en los Regímenes General y Especiales".

En cuanto a la impugnación del concreto sistema elegido para la finalidad señalada, la constitución de capital-coste, la Sentencia, poniendo de relieve que el mismo no es cuestionado en el dictamen del Consejo de Estado al respecto, establece que es una opción que no puede ser cuestionada, "porque el hecho de que no existiese con anterioridad en el propio sistema de la SS más que en el ámbito del RGSS no supone que sea imposible instaurarlo o resulte inviable".

Por otra parte, en relación con el pago por los beneficiarios de una tasa en concepto de gastos de tramitación del expediente, declara también la Sentencia la competencia del orden social, en cuanto que esa tasa es en realidad un porcentaje en concepto de gastos por el estudio actuarial realizado, tratándose, en definitiva, "de una cuestión y cantidad complementaria o secuela de la principal, que no tiene cabida ni en el ámbito tributario ni en el de la gestión recaudatoria de la TGSS, por lo que su enjuiciamiento corresponde a la Jurisdicción que conoce de ésta, esto es, al referido Orden Social". Por último, la Sentencia establece que no está justificado este gasto a cargo de los beneficiarios, dado, en primer lugar, la relación de aseguramiento público en que se produce, y, en segundo lugar, porque no está previsto legal ni reglamentariamente (Ley 13/1996 y RRDD 487 y 2265/1998), por lo que "su implantación *ex novo* constituiría una extralimitación por parte de cualquier otra norma inferior que lo instaurase o por la del simple acto administrativo que la acordase". En consecuencia, declara la Sentencia:

"que el cálculo actuarial y los gastos que su realización suponga deben correr a cargo de la propia entidad gestora, que en este caso es el propio INSS, conforme a la delegación que al respecto a efectuado la TGSS".

Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 3242, se pronuncia en el mismo sentido respecto a la primera cuestión relativa a la obligación de los beneficiarios de abonar el capital-coste, sin embargo, respecto a la segunda, el pago, mediante el descuento mensual, de la tasa en concepto de gastos de tramitación del expediente, declara la incompetencia del Orden Jurisdiccional Social, señalando la competencia de la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

En este ámbito controvertido, como se pone de manifiesto con estas resoluciones judiciales, la **STSJ de La Rioja de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 2980, declara la competencia del Orden Social de la Jurisdicción para conocer de las pretensiones relativas a la obligación de pago del capital-coste de la parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso, que hayan sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social, puesto que la única excepción a la competencia del orden social que el artículo 9 de la LOPJ establece genéricamente respecto de todas las reclamaciones en materia de Seguridad Social es la que se contiene en el artículo 3.b) LPL para las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social. En este sentido, la Sentencia establece que la cuestión deducida no se incardina en el ámbito de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, ya que para ello no basta con que una actividad persiga o tenga por objeto "la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social", sino que además estos créditos y derechos tienen que constituir alguno de los recursos que se relacionan en el artículo 4 del Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, lo que no ocurre con la obligación de que aquí se trata, de abonar el capital coste de la parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso.

También a efectos de la pensión de jubilación de religiosos secularizados la **STSJ de Madrid de 9 de noviembre de 2001,** I.L. J 2918, en una interpretación muy estricta, sobre la base del Código de Derecho Canónico, declara que "la pertenencia a un Instituto Secular [la actora era miembro de las Siervas Seglares de Jesucristo Sacerdote, que se constituye como un Instituto Secular de Derecho Pontificio] no lleva aparejada la condición de religiosa pretendida, de manera que no puede ser reconocido el período instado por la actora al carecer de la condición o presupuesto exigido por la norma para que dicho reconocimiento opere".

– Requisito de "estar al corriente" en las cotizaciones.

El requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas para la percepción de la pensión de jubilación plantea una cuestión controvertida en el caso de los armadores-tripulantes asegurados en el Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores del mar (REMAR) que exige previamente la determinación de su encuadramiento dentro de este

Régimen. La **STS de 21 de febrero de 2002,** I.L. 16/2002, LN-13, partiendo de la peculiaridad del REMAR de integración conjunta en el campo de aplicación de este régimen de trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos y de la inclusión expresa en el mismo de los armadores-tripulantes o armadores de embarcaciones que prestan trabajo retribuido a bordo de las mismas, clarifica que los armadores-tripulantes de pequeñas embarcaciones se consideran trabajadores autónomos a efectos de Seguridad Social, en tanto que los armadores-tripulantes de embarcaciones mayores se asimilan a efectos de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena siempre que perciban retribuciones específicas por el trabajo que realizan a bordo, pese a la condición de empresario que tiene siempre el armador. A partir de ahí, la Sentencia, analizando los deberes de afiliación y cotización relativos a la relación de aseguramiento, establece que los armadores-tripulantes asimilados a trabajadores por cuenta ajena son al mismo tiempo "empresarios" y trabajadores en las embarcaciones por ellos armadas, por lo que tales deberes de afiliación y cotización se les imputan indistintamente en dicha doble condición. Siendo ello así, determina la citada Sentencia, que "su posición frente a las entidades gestoras en orden a la exigencia de tales deberes no puede ser la de los trabajadores por cuenta ajena propiamente dichos, que no son los principales responsables legales de su incumplimiento, sino que ha de ser la de los trabajadores autónomos, que sí lo son". En consecuencia, declara la sentencia que para estos sujetos:

> "es exigible encontrarse 'al corriente en el pago de las cuotas' para adquirir el derecho a las prestaciones del REMAR [entre ellas la de jubilación]. La conclusión es, además, la más lógica desde el punto de vista social si se repara en que, como se ha visto antes, los bienes de capital de estos armadores-tripulantes son de más valor que los de los armadores incluidos en el grupo de trabajadores autónomos".

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

Respecto a la determinación de la base reguladora se han ido planteando diversas cuestiones que ponen de manifiesto el carácter especialmente problemático de esta cuestión.

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de octubre de 2001,** I.L. J 2738, declara que no se pueden computar para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación todos los períodos trabajados en prisión, ya que ha de distinguirse entre la modalidad de producción en régimen laboral, correspondiente al trabajo directamente productivo, que da lugar a la relación laboral especial penitenciaria, y las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento, estas últimas ajenas al ámbito laboral.

Sí ha de computar, en cambio, para el cálculo de la base reguladora el tiempo trabajado por un pensionista de gran invalidez, aunque no se hayan cumplido las obligaciones de alta y cotización, lo que dará lugar, por otra parte, a la responsabilidad de quien las incumplió. La **STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2001,** I.L. J 2818, fija este criterio partiendo de la doctrina jurisprudencial ya sentada que declara que "estando reco-

nocido el derecho al trabajo por el artículo 35 de la Constitución, no puede prohibirse el ejercicio de una actividad laboral ni aún estando declarado en situación de incapacidad permanente absoluta", lo que dio lugar a la Resolución de 2 de noviembre de 1992, de la DG de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, en que se establece "que los pensionistas de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez que desarrollen trabajos que den lugar a su inclusión en el ámbito de aplicación del Sistema de Seguridad Social, están sujetos a las obligaciones de alta y cotización en el régimen correspondiente, sin que sea obstáculo para ello su condición de pensionistas en tales grados de incapacidad.

– Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en distintos países

Se mantiene la doctrina jurisprudencial reiteradamente establecida por el Tribunal Supremo, partiendo de la respuesta dada por el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 17 de diciembre de 1998, como respuesta a una cuestión prejudicial, estableciendo que el cálculo de la pensión teórica, cuando se trata de trabajadores migrantes que han completado los períodos de cotización en diversos países pertenecientes a la Unión Europea, debe efectuarse sobre las bases reales de cotización del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española con las correspondientes revalorizaciones, y no utilizando como base de cotización las bases mínimas, sin perjuicio de que la pensión así obtenida se incremente con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones acordadas para cada año posterior en las pensiones de la misma naturaleza. Ello sin perjuicio de la posibilidad de aplicar, al margen de las normas comunitarias, un convenio bilateral de seguridad social, suscrito entre España y el país de que se trate, si del mismo deriva un trato más favorable para el asegurado **(STS de 11 de octubre de 2001,** u.d., I.L. J 3364; **STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2001,** I.L. J 3094).

– Incremento injustificado de las bases de cotización

De acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no pueden ser tenidas en cuenta para fijar la base reguladora de la pensión de jubilación las bases de cotización correspondientes a un período próximo a la jubilación cuando se ha producido en ellas un incremento injustificado. Tanto por aplicación del artículo 162.2 LGSS, como de los artículos 6.4 y 7.2 CC, se determina el carácter fraudulento de estos incrementos que lleva a concluir que procede la minoración de las bases de cotización no sólo en los dos años inmediatamente anteriores al hecho causante, sino durante todo el período en el que se produjo el incremento injustificado de tales bases **(SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 3244 y **de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 2957).

b') Cuantía de la prestación

– Complemento de mínimos

Respecto a la determinación de si procede o no el complemento de mínimos, la jurisprudencia ha venido declarando que la concesión o denegación del complemento para una concreta anualidad está en función del volumen de ingresos percibidos por el pensionista en la anualidad correspondiente y no en el año anterior, siendo además incompatibles los complementos por mínimos con la percepción por el pensionista, entre otras, de rentas de trabajo personal por cuenta propia o ajena, teniendo tal carácter las prestaciones percibidas con cargo a una entidad extranjera, como es una indemnización única de la Seguridad Social Suiza **(STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 2651).

Los ingresos percibidos en la anualidad correspondiente se tienen en cuenta íntegramente con independencia de la consideración que merezca el beneficio correspondiente al rescate de un plan de pensiones, sin que esa cantidad generada durante los años en que se llevaron a cabo aportaciones continuadas y uniformes puedan ser divididas entre dicho período **(STSJ de Castilla y León, Burgos, de 19 de noviembre de 2001,** I.L. J 2795).

Igualmente se establece en la **STSJ de Galicia de 7 de diciembre de 2001,** I.L. J 3084, en el caso de una pensionista que recibe una pensión de vejez de la Seguridad Social suiza, que "para saber si se tiene derecho a percibir el complemento por mínimos es necesario la suma de los importes reales de las pensiones que se perciben por ambos países y así comprobar si se supera el límite establecido".

e) Jubilación anticipada

– Requisitos para la jubilación anticipada

Según la doctrina ya sentada por el Tribunal Supremo, es requisito para acceder a la modalidad de jubilación anticipada que se otorga por la Disposición Transitoria Primera.9 de la OM de 18 de enero de 1967 "haber tenido la condición de mutualista, en cualquier mutualidad laboral de trabajadores por cuenta ajena, con anterioridad al 1 de enero de 1967". Conforme a dicha doctrina, además, el derecho a esta modalidad de jubilación anticipada "no forma parte del actual sistema de prestaciones de la Seguridad Social, sino que tiene un carácter exclusivamente residual". Por todo ello, se reitera que la condición de mutualista para acceder a esta jubilación anticipada se limita al Mutualismo Laboral, en el cual no estuvo nunca incluida la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria (**SSTSJ de Valencia de 7 de junio de 2001,** I.L. J 2701 y **de 29 de junio de 2001,** I.L. J 2709).

Por otro lado, es necesario para acceder a la jubilación anticipada acreditar estar en alta o en situación asimilada al alta en el sistema de Seguridad Social (**STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2001,** I.L. J 3060).

f) Jubilación complementaria

– Planes y Fondos de Pensiones

Es interesante la **SAN de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3123, que se pronuncia sobre la normativa aplicable a los planes y fondos de pensiones. Declara al respecto esta Sentencia que "en materia de planes y fondos de pensiones se produce un fenómeno de coordinación entre sectores distintos del ordenamiento", de tal forma que el convenio colectivo define los compromisos del empresario y de los trabajadores en materia de seguridad social complementaria, pero esos compromisos en la medida en que deben someterse a una instrumentación determinada a través de una institución propia del Derecho Mercantil han de regirse en este plano por las reglas de ese sector del ordenamiento. Consecuencia de ello es que sobre el Reglamento regulador de los planes y fondos de pensiones no puede disponer el convenio colectivo para establecer un régimen menos respetuoso con los derechos políticos de los partícipes y de los beneficiarios, sino que la norma colectiva debe respetar la regulación de la norma estatal tanto por razones de jerarquía como de competencia. El convenio colectivo no es un instrumento idóneo para regular los aspectos institucionales de los planes y fondos de pensiones no disponibles por la autonomía privada.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2928, en relación con un Plan de Pensiones de carácter no contributivo, determina que éste no está regulado por la Ley 8/1987, ya que se trata de una concesión de la empresa en beneficio único y exclusivo del trabajador, que sólo le afecta y concierne mientras trabaja, originando el cese en la empresa baja automática en tales beneficios. De ahí que la jurisprudencia ha reiterado que "las aportaciones de la empresa no generan ningún derecho, sino una simple expectativa", si bien las aportaciones efectuadas por la empresa tengan carácter irrevocable.

g) Compatibilidad e incompatibilidades

La jurisprudencia mantiene la incompatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente parcial por accidente de trabajo y de jubilación, ambas dentro del régimen especial de la minería del carbón (**STSJ de Asturias de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 2674), mientras que se declara la compatibilidad entre jubilación e invalidez cuando ambas proceden de distintos regímenes, ya que, como indica la **STSJ de Cantabria de 24 de diciembre de 2001,** I.L. J 3103, la jurisprudencia reiteradamente ha establecido que los preceptos reguladores de la incompatibilidad de pensiones en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social son sólo aplicables a las pensiones reconocidas dentro de cada uno de ellos, sin que puedan ser ampliados a las pensiones que se conceden en otro régimen distinto.

B) Jubilación no contributiva

b) Requisitos generales

– Carencia de rentas dentro de la unidad económica de convivencia

A efectos de determinar la carencia de rentas se ha de computar todas las existentes dentro de la unidad económica de convivencia en relación con el número de sus miembros. A este respecto, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de noviembre de 2001,** I.L. J 3041, establece que la acreditación del requisito de convivencia del beneficiario de una prestación no contributiva de la Seguridad Social puede obtenerse por diversos medios probatorios, siendo uno de ellos la certificación de empadronamiento, pero no el único ni concluyente, correspondiendo pues al Juzgador de instancia valorar los diversos elementos de prueba.

C) Gestión, financiación y pago

– Obligación de información de la Entidad Gestora

Merece también destacarse, en relación con la actuación de la Entidad Gestora, la **STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2001,** I.L. J 3095, que, ante un supuesto muy frecuente en el campo de la Seguridad Social como es el de la sucesión de normas, declara que "la Entidad Gestora debía haber concedido al actor, informándolo debidamente con la oportuna cuantificación del importe de la prestación, calculada aplicando la normativa vigente en el momento de la solicitud y la resultante de la legislación anterior, dando cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 35.g) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo. En este sentido, con bastante acierto, establece la Sentencia que:

> "La validez de la opción –como manifestación expresa de voluntad del beneficiario– requiere un previo conocimiento de las consecuencias derivadas de la aplicación de una u otra normativa; siendo repudiable una opción tácita cuando la misma origina un quebranto económico manifiesto para el pensionista, como acontece en el caso debatido."

Además, en base a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las sentencias que se citan, se establece que "las disposiciones reguladoras de la Seguridad Social han de ser interpretadas de manera que su aplicación no llegue a frenar el dinamismo progresivo que es acorde a las garantías de asistencia y prestación social suficientes, proclamadas en la Constitución como valores inherentes a un Estado Social y de Derecho.

– Error en el reconocimiento de la pensión

En relación con la retroacción de los efectos iniciales del reconocimiento de la pensión de jubilación cuando el contenido económico de la prestación quedó minusvalorado o cuando, como aquí ocurre, no fue reconocida debido a un indudable error de la Entidad

Gestora, la **STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2001,** I.L. J 3138, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, dictada en unificación de doctrina, determina que la modificación, en este caso, el reconocimiento de la pensión, ha de retrotraerse al momento de la primera petición, habida cuenta de que la Entidad Gestora disponía de los datos suficientes para concederla entonces al actor, "siendo contrario a toda lógica y a la protección configurada en la propia Constitución Española (art. 41) la traslación al demandante de los perjuicios económicos de la adopción de una decisión denegatoria sobre unos datos que no han sido modificados".

– Extinción de la pensión de jubilación causada por el síndrome tóxico

Reiteración de la jurisprudencia ya mantenida (véase reseña en números 9 y 10 de esta revista) sobre la extinción de la pensión de jubilación reconocida a personas afectadas por el síndrome tóxico una vez hechas efectivas las indemnizaciones reconocidas en vía penal, puesto que estas ayudas tienen un carácter provisional como anticipo a cuenta de la indemnización que por responsabilidad civil se otorgue. Sobre esta cuestión vuelven a pronunciarse las **SSTS de 20 de febrero de 2002,** I.L. 15, LN-14 y **de 15 de noviembre de 2001,** I.L. J 2840; **STSJ de Madrid de 15 de noviembre de 2001,** I.L. J 3262.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

b') Incapacidad permanente parcial

Respecto a este concreto grado de incapacidad permanente, las sentencias que al mismo vienen referidas en los números de I.L. reseñados en esta crónica son todas ellas desestimatorias, así la **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3067, deniega al actor, de profesión guardia urbano, el derecho a prestación por incapacidad permanente por no acreditar lesiones invalidantes en grado superior al 33 por ciento de acuerdo con el profesiograma laboral del afectado. Igualmente denegatoria es la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de septiembre de 2001,** I.L. J 3377, entendiendo que el juzgador *a quo* aplica con total y absoluta nitidez y claridad la relación entre dolencias y profesión habitual del actor, de donde deriva que el actor, ayudante técnico sanitario de profesión, no alcanza el mínimo de incapacidad previsto para el reconocimiento de la prestación por incapacidad permanente parcial. Por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de septiembre de 2001,** I.L. J 3380, tampoco aprecia la concurrencia de tal grado de incapacidad en el actor, maquinista de la construcción, como tampoco aprecia grado de incapacidad permanente alguno la sentencia del mismo tribunal y fecha, **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de septiembre de 2001,** I.L. J 3384, en las dolencias de un Oficial de primera conductor de carretillas elevadoras mecánicas.

c') Incapacidad permanente total

Nuevamente volvemos a encontrar, en los números de I.L. aquí reseñados, una acabada muestra del casuismo a atender respecto a las situaciones eventualmente susceptibles de ser declaradas constitutivas de incapacidad permanente total.

Así, estimatoria de la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para incluir concretos estados patológicos en la situación contemplada en el artículo 137.4 LGSS es la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de julio de 2001,** I.L. J 3005, respecto a las dolencias del actor, de profesión administrativo con tareas informáticas; igualmente estimatoria es la **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3068, respecto a las dolencias del actor, de profesión taxista, denegándole, en cambio, el grado de incapacidad permanente absoluta (*vid. infra*), y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de septiembre de 2001,** I.L. J 3382, que entiende concurre tal grado de incapacidad permanente del actor, afiliado al RETA y de profesión pintor.

Desestimatorias, en cambio, son las siguientes: La **STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2001,** I.L. J 3096, respecto a las secuelas derivadas de un accidente de trabajo del actor, peón de almacén de maderas; la **STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2001,** I.L. J 2803, respecto a los padecimientos de un carpintero, y la **STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2001,** I.L. J 3342, que, tras analizar los rasgos configuradores de la invalidez permanente en nuestro Sistema de Seguridad Social y los presupuestos para la declaración de incapacidad permanente en el grado de total, estima que la actora, de profesión vigilante de seguridad, no está afecta de este grado, ni siquiera del de incapacidad permanente parcial.

A la denominada incapacidad permanente total cualificada, que comporta el incremento del 20 por ciento de la pensión vigente en el Régimen General para la incapacidad permanente total cuando el trabajador tenga más de cincuenta y cinco años y no tenga otro empleo, vienen referidos varios pronunciamientos recogidos en los números de I.L. aquí reseñados. Así, la **STSJ de Galicia de 19 de noviembre de 2001,** I.L. J 2643, ante la cuestión de si el actor tiene o no derecho a percibir el incremento del 20 por ciento de la base reguladora establecida por la Ley 24/1972, el tribunal entiende que la razón asiste al demandante, pues la fecha del hecho causante debe ser ubicada en 28 de diciembre de 1972, fecha de la resolución que reconoció la IPT, posterior, por tanto, a la entrada en vigor de la Ley 24/1972, y no la fecha en que sufrió el accidente, 30 de agosto de 1967, correspondiendo, por ende, el incremento del 20 por ciento. Por su parte, la **STSJ de Valencia de 7 de junio de 2001,** I.L. J 2698, revoca la sentencia de instancia que desestimó el incremento del 20 por ciento en la base reguladora mensual de la prestación de IPT, estableciendo, en línea con la STS de 28 de octubre de 1986, que cuando el trabajador acredite que su última actividad laboral realizada lo fue al régimen general, y además tenga cotizado a dicho Régimen más de la mitad del período de carencia exigido en el mismo, se debe otorgar el incremento del 20 por ciento establecido para mayores de 55 años, independientemente de que a efectos meramente formales, la prestación aparezca reconocida por el Régimen de Autónomos, al resultar éste mayoritario en la carencia acreditada por el actor (cómputo recíproco de cotizaciones). Finalmente, la **STSJ de**

Madrid de 18 de octubre de 2001, I.L. J 2755, estima el recurso de la actora reconociéndole el derecho al incremento del 20 por ciento de la pensión, toda vez que la actora se había acogido a la situación de excedencia especial sin haber entrado en la situación de reserva prevista en el Convenio colectivo de la empresa (Iberia).

d') Incapacidad permanente absoluta

Los pronunciamientos judiciales recogidos en los números de I.L. aquí reseñados respecto a este grado de incapacidad permanente son todos ellos desestimatorios. Así, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3030, entiende que las limitaciones del actor, incompatibles sin duda para la que hasta ahora ha sido su profesión habitual, no le marginan de toda actividad laboral, ya que se encuentra perfectamente capacitado para desarrollar labores de índole sedentaria o que exijan la aportación de esfuerzos no demasiado intensos. Igualmente desestimatoria la **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3068, que se hace eco de la doctrina sentada por el TS en virtud de la cual la calificación de incapacidad permanente absoluta está sometida a la condición general de imposibilidad no absoluta pero sí relativa de ejecutar cualquier trabajo retribuido, es decir, que, aún pudiéndose ejecutar, exista limitación para su realización en las mismas condiciones de profesionalidad, eficacia, dedicación y rentabilidad de cualquier otro trabajador en el mismo puesto de trabajo. También desestimatoria la sentencia del mismo tribunal y fecha, **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3070, que, reiterando la argumentación anterior, concluye que el actor conserva capacidad funcional suficiente para realizar tareas de carácter sedentario.

e') Gran invalidez

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de julio de 2001,** I.L. J 3004, entiende a la actora acreedora de una gran invalidez al necesitar de tercera persona para el acometimiento de los actos vitales más esenciales, tras recordar que la jurisprudencia entiende que no es necesario que para acceder a la misma se requiera de ayuda de tercera persona para todas las actividades vitales si efectivamente lo requiere para alguna, cuando ésta se trata de una necesidad primaria y sin que la necesidad sea continuada.

b) Requisitos del beneficiario

Referida al requisito de carencia, la **STS de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 2873, en unificación de doctrina, señala que, tras las reformas operadas por el RD 9/1991 en la acción protectora del RETA, para el acceso a las pensiones de invalidez permanentes derivadas de accidente, estando el trabajador en alta o en situación asimilada al alta, no se exigirá ningún período previo de cotización, determinándose la base reguladora de tales pensiones conforme a las reglas establecidas en el Régimen General. Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 2941, entiende que el demandante, en situación de invalidez permanente absoluta, no reúne las cotizaciones

suficientes para acceder al cobro de la correspondiente prestación contributiva, dado que el artículo 16 del RD de 23 de junio de 1971 únicamente considera computables las cotizaciones efectuadas fuera de plazo, por trabajadores por cuenta propia, cuando correspondan a períodos en los que figuraron en alta, razón por las que el Tribunal no considera susceptibles de cómputo las debatidas en el caso.

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

Como es sabido, el artículo 139.2 LGSS establece la posibilidad de que la prestación económica correspondiente a la IPT pueda excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años, posibilidad en la que incide la **STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2001,** I.L. J 2819, que estima la oportunidad de tal sustitución en el caso enjuiciado, frente a la tesis de la Entidad Gestora, subrayando la imprevisible modificación del estado de salud del inválido, que apunte a una futura revisión de la declarada incapacidad.

b') Base reguladora de las prestaciones

Nuevamente, en los números de I.L. reseñados en esta crónica volvemos a encontrar casos de aplicación de la doctrina del paréntesis para el cálculo de la base reguladora. Así, las **SSTS de 14 de diciembre de 2001,** I.L. J 2882, y **de 19 de diciembre de 2001,** I.L. J 2892, ante la cuestión de si el período de desempleo subsidiado y por tanto no cotizado ha de computarse por las bases mínimas o si, por el contrario, aplicando la doctrina del paréntesis, debe excluirse del cómputo y tomar en consideración las bases reales por las que se cotizó en los meses equivalentes inmediatamente anteriores a aquella situación, vuelven a reiterar la aplicación de dicha doctrina de acuerdo con la doctrina sentada en múltiples resoluciones a partir de la STS de 7 de febrero de 2000, como ya hemos advertido en anteriores crónicas. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de julio de 2001,** I.L. J 2997, igualmente, sobre el recuerdo de la STS de 7 de febrero de 2000, estima que para el cálculo de la base reguladora han de computarse las cotizaciones anteriores al inicio del período de invalidez provisional. Por su parte, la **STSJ del País Vasco de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 3279, estima que dado que el TS no ha restringido la doctrina del paréntesis a los supuestos en que el período durante el cual no ha existido obligación de cotizar fuera inmediatamente anterior al hecho causante, la misma es extensible a todos aquellos en los que dentro del período de cálculo existieran lagunas de este tipo.

En cambio, la **STSJ de Aragón de 12 de noviembre de 2001,** I.L. J 2633, al enfrentarse a la cuestión de si ha de aplicarse la "doctrina del paréntesis" al tiempo en el que no existen cotizaciones por estar el interesado en situación de invalidez provisional advierte que en el supuesto objeto de recurso existe la peculiaridad de que el demandante estuvo trabajando y cotizando seis meses después de la extinción de la invalidez provisional, recayendo luego otra vez en incapacidad temporal tras de la que ha sido declarando en incapacidad permanente, de manera que no hay posibilidad, al decir del Tribunal, de fijar el

hecho causante al inicio de la invalidez provisional, respetando lo dispuesto en el artículo 140 LGSS y aplicando la llamada doctrina del paréntesis, ya que no existe continuidad entre las limitaciones que justificaron la invalidez provisional y la permanente. No puede aplicase la jurisprudencia sobre la doctrina del paréntesis y la no integración de lagunas, pues el hecho causante no es el mismo al inicio de la invalidez provisional que durante la última incapacidad temporal y la posterior incapacidad permanente.

La **STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 2971, tiene la virtualidad de poner de manifiesto que "el problema de la integración de lagunas no parece que esté resuelto idóneamente y quizás de *lege ferenda* debería valorarse una situación más equitativa de integración de períodos en que no se trabaja y que evite situaciones absurdas", para estimar, en el caso enjuiciado que los meses en los que no hubo cotización alguna deben ser integrados con la base mínima de cotización correspondiente, lo que no procede en aquellos meses en que hubo trabajo y cotización consiguiente.

Al cálculo de la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, se refieren las **SSTSJ de Extremadura de 28 de noviembre de 2001,** I.L. J 2830, y **de Madrid de 15 de noviembre de 2001,** I.L. J 3263, constituyendo el núcleo de la cuestión planteada en esta última qué documentos han de tenerse en cuenta para realizar los cálculos pertinentes de la base reguladora, si el certificado patronal de salarios o las hojas salariales en la anualidad anterior al accidente, entendiendo el Tribunal que deben tener mayor valor o credibilidad estas últimas.

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

Respecto a mejoras voluntarias, son varias las sentencias reseñables, así la **STSJ de Aragón de 8 de noviembre de 2001,** I.L. J 3172, atinente a una mejora voluntaria de Seguridad Social prevista en convenio colectivo, desestima la indemnización prevista para invalidez toda vez que en la fecha del dictamen del EVI el actor estaba dado de baja en empresa y póliza, lo que impide condenar a la aseguradora al pago de la cantidad asegurada, debiendo meritarse que la sentencia contiene importantes consideraciones respecto a las previsiones de las pólizas y sus efectos. En el mismo ámbito se inscribe la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 2946, que desestima la pretensión de acceder a la indemnización prevista para el caso de incapacidad absoluta recogida en una mejora voluntaria consecuencia de una decisión unilateral empresarial, toda vez que en las estipulaciones contenidas en las condiciones de la póliza se establece que el accidente se entenderá en los términos estrictos que, al entender del Tribunal, evidencia que no fue voluntad de las partes hacer coincidir el concepto de accidente con el laboral, de manera que el accidente vascular invalidante no quedó cubierto por el contrato de seguro celebrado, toda vez que no consta se debiera a ningún agente externo agresivo, sino a causas internas del propio inválido. Por su parte la **STSJ de Castilla y León de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 2947, ante la omisión en el convenio colectivo –donde se establece una indemnización para los trabajadores que sean declarados en situación de incapacidad total o absoluta, siempre que los mismos causen baja en la

empresa–, de cualquier referencia a la gran invalidez, en tanto que grado de incapacidad permanente autónomo, entiende que el trabajador, declarado afecto de gran invalidez derivada de enfermedad común, no es acreedor de la indemnización estipulada en el convenio colectivo. La **STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3318, ante el hecho de que la actora era acreedora a la indemnización prevista en un convenio colectivo, y que la empresa no había concertado póliza al respecto, declara a ésta responsable directa del pago.

La **STSJ de Baleares de 2 de noviembre de 2001,** I.L. J 3174, estima el recurso contra sentencia de instancia al entender que la declaración del actor en situación de invalidez permanente absoluta y gran invalidez ha tenido lugar mediante la revisión de la situación invalidante que previamente tenía reconocida, señalando que al tener dichas situaciones invalidantes diferentes contingencias, pues la nueva tiene como causa determinante la enfermedad común, sin relación alguna con la anterior por accidente de trabajo, concluye que a la Mutua Patronal le corresponde seguir abonando la misma prestación que había asumido y capitalizado, la derivada de accidente de trabajo, sin modificación alguna, y al INSS, como responsable el resto de la nueva prestación invalidante, le corresponde abonar el incremento porcentual que supone la prestación reconocida, de acuerdo con la base reguladora que corresponde a la contingencia determinante de la misma.

La **STSJ de Galicia de 9 de noviembre de 2001,** I.L. J 2641, deniega a la actora una pensión complementaria de invalidez toda vez que la actora no acredita la condición de mutualista en la fecha del hecho causante, ni haber cotizado desde entonces, requisitos determinantes en orden a preservar el derecho reclamado, recordando la sentencia que el requisito exigido para la percepción de la pensión complementaria no es un período de aseguramiento o afiliación a la entidad mutualista, sino un período de cotización (SSTS de 18 de julio de 1995 y 26 de julio de 1996).

d) Dinámica de la protección

Respecto a la fecha de los efectos económicos de la incapacidad permanente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de julio de 2001,** I.L. J 3000, aplica la literalidad el artículo 13.2 de la OM de 18 de enero de 1996, señalando que en los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de incapacidades.

A la revisión del grado de incapacidad vienen referidos varios pronunciamientos, así la **STS de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 2887, conoce, en unificación de doctrina, sobre la cuestión de si la Entidad Gestora puede declarar en un proceso de revisión de invalidez por agravación, la mejoría de las lesiones, con las consiguientes consecuencias en orden a la calificación. AL respecto el TS señala que las normas de la Ley 39/1992 no resultan aplicables en la impugnación de estos actos cuando existes normas específicas que los regulen, cual ocurre con la revisión de los grados de invalidez, de cuya normativa reguladora deriva que los Directores del INSS no están vinculados por las peticiones concretas de los interesados, "por lo que podrán reconocer las prestaciones que corres-

pondan a las lesiones existentes o a la situación de incapacidad parecida, ya sean superiores o inferiores a los que se deriven de las indicadas peticiones".

La **STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2001,** I.L. J 2650, desestima la revisión de la invalidez permanente total que tenía reconocida el actor por seguir restándole al actor capacidad para dedicarse a tareas de tipo sedentario, que no exijan importantes esfuerzos físicos. Igualmente desestimatoria de la revisión por agravación es la **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 3383, por entender que el actor padece las mismas secuelas derivadas del accidente de trabajo que ocasionaron la concesión del grado de incapacidad permanente total, sin que proceda, por ende, el reconocimiento de la incapacidad permanente absoluta; razonamiento que igualmente contiene la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 2778. Desestimatoria es también la **STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3157, si bien ahora la causa de la desestimación se halla en la imposibilidad de acceder a una pensión de invalidez por quien ya está jubilado, sin que, señala el Tribunal, obste a tal conclusión el hecho de que nos hallemos ante una jubilación anticipada y de que se interese la revisión antes de cumplir la edad prevista para la jubilación en el artículo 161 LGSS. Estimatoria de la revisión es, en cambio, la **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3066, que estima determinante la evolución de la patología de la beneficiaria desde un "síndrome depresivo post-duelo" a "trastorno depresivo mayor", lo que provoca que su estado residual "resulte tributario de la declaración de incapacidad permanente absoluta".

e) Compatibilidad e incompatibilidades

Varias son las resoluciones judiciales contenidas en los números reseñados en esta crónica atinentes al régimen de compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente.

Así, la **STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2001,** I.L. J 3074, que estima la incompatibilidad de la prestación por incapacidad permanente absoluta con los servicios prestados a la empresa, toda vez que no consta que tales actividades tuvieran carácter residual, lo que comporta el consiguiente reintegro de las prestaciones devengadas, si bien determinando como fecha de efectos la de presentación de la demanda que dio lugar a la sentencia que declaró al demandante en situación de incapacidad permanente absoluta, de conformidad con la doctrina contenida en la STS de 17 de septiembre de 1998.

A la posibilidad de compatibilizar la pensión por incapacidad permanente total con determinados trabajos profesionales refiere la **STSJ de Baleares de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 3035, que estima que la incapacidad para la profesión de barrenista no impide desempeñar la de chófer-repartidor, recordando la doctrina del TS de que procede la compatibilidad salvo cuando se evidencia fraude por parte del beneficiario, declarando, en consecuencia la compatibilidad de trabajo y pensión de incapacidad total en su cuantía estricta del 55 por ciento, suspendiéndose sólo el incremento del 20 por ciento que

le fue concedido, por tratarse de profesiones completamente distintas con prestaciones laborales igualmente distintas. Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2001,** I.L. J 3187, estima existencia de una posible incompatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total de un peón de la construcción y los salarios percibidos en un determinado período en que no consta que la actividad que realiza en la empresa sea distinta a la que realizaba cuando le fue reconocida la incapacidad permanente total.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

Al requisito de "carecer de rentas o ingresos suficientes" atañe la **STSJ de Galicia de 9 de noviembre de 2001,** I.L. J 2640, que haciéndose eco de la doctrina contenida en la STS de 14 de diciembre de 1999, a cuyo tenor "aunque el internamiento forzoso en un centro penitenciario proporcione necesariamente a la persona que lo sufre un alojamiento y comida, y aun siendo susceptible de cuantificación el coste de internamiento, no cabe configurar tal coste como una renta o ingreso del interno", de manera que, a los efectos de la normativa reguladora de la pensión de invalidez no contributiva, tal suministro forzoso de alojamiento y comida, no es una renta de capital ni tampoco es configurable como una renta de trabajo, negativa que es igualmente predicable de su posible configuración como ingresos o prestaciones sustitutivos o supletorios de las rentas de trabajo; sin que sean, tampoco, asimilables a prestación reconocida por cualquiera de los regímenes de previsión social. De tal doctrina se infiere que tal "suministro forzoso" no anula la concurrencia del requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes en las personas privadas de libertad en centros penitenciarios.

d) Dinámica de la prestación

En la conocida problemática del alcance de las facultades revisoras de las entidades gestoras de las prestaciones no contributivas se inscribe la **STSJ de Valencia de 6 de junio de 2001,** I.L. J 2694, que mantiene el criterio de que, a tenor del artículo 145 LPL, salvo supuestos de errores materiales o de hecho y aritméticos, y de la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, no pueden revisar sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social mediante la oportuna demanda, entendiendo el Tribunal que, en el caso analizado, se ha cumplido con la obligación dimanante del artículo 149 LGSS para los perceptores de esta modalidad no contributiva, por lo que se sitúa en línea con la STS de 23 de febrero de 2001, u.d., a cuyo tenor la Entidad Gestora no podría pedir el reintegro de prestaciones sin acudir a los tribunales, al no poder hablarse de incumplimiento por parte del beneficiario de sus obligaciones, supuesto este distinto al enjuiciado en las SSTS de 3 de octubre de 2001, u.d., I.L. J 2058, y 2303, de que dimos cuenta en la anterior crónica (*JL*, núm. 10) en que se produce un incumplimiento del precepto reglamentario que obliga a los interesados a hacer las declaraciones anuales de ingresos y autoriza a la Entidad Gestora a hacer las revisiones correspondientes, extinguir el derecho a la pensión y reclamar la cantidad indebidamente percibida.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

La **STS de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 2731, pese a que desestima el recurso por no concurrir la contradicción que exige el artículo 217 de LPL, es de interés porque resume el criterio de la Sala sobre la situación asimilada de paro involuntario. De esta manera recuerda la doctrina general y precisa que "la voluntad de incorporarse al trabajo ha de evidenciarse normalmente por el mantenimiento de la inscripción actualizada como demandante de empleo" –*animus laborandi*– (STS de 1 de abril de 1993), y que "salvo la concurrencia de circunstancias excepcionales, la voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación no permite considerar en situación asimilada al alta a quien luego solicita la prestación" (STS de 14 de abril de 2000). Ahora bien, como advierte esta sentencia, no se trata de una exigencia rígida, sino de un requisito en el que han de ponderarse la circunstancias concurrentes para establecer si las posibles interrupciones revelan en realidad una voluntad de apartamiento del trabajo o se deben a acontecimientos que excluyen esa voluntad o a bajas escasamente significativas por su breve duración.

Por otra parte, la STS de 9 de diciembre de 1999, entiende que el requisito de alta o asimilación al alta ha de entenderse por cumplido si concurría la situación de alta cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante, y es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar el alta; Doctrina que es aplicada por la **STSJ de Valencia de 19 de junio de 2001,** I.L. J 2705, en un supuesto en el que el causante cuando causó baja por no renovación de contrato, ya le había sido diagnosticado neumonía extrahospitalaria, síndrome de abstinencia y hepatopatía crónica, y posteriormente es comprobada por autopsia (hígado cirrótico de consistencia pétrea) que la enfermedad que le produjo la muerte se inició antes de darse de baja en la Seguridad Social.

Continuando esta doctrina jurisprudencial flexibilizadora y humanitaria del requisito de alta o asimilada al alta, y que considera el paro involuntario como situación asimilada al alta, si se acredita la inexistencia de desvinculación voluntaria del sistema de Seguridad Social, y que tiene como consecuencia fundamental, para acceder a las pensiones de viudedad y orfandad, la supresión del requisito de período de carencia de 15 años (en el caso de muerte por accidente no laboral) o su sensible disminución (en el caso de muerte por enfermedad común en alta o asimilada la carencia exigida es de 500 días dentro de los 5 años anteriores –**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 13 de diciembre de 2001,** I.L. J 2978–). La **STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2001,** I.L. J 3269, aplica esta doctrina flexibilizadora en un supuesto en el que el actor padecía ángor de esfuerzo progresivo y que según informe médico le impidió continuar con su actividad laboral, que posteriormente derivó en un tumor pulmonar y que pese a tratamiento, presentó metástasis generalizada y posterior fallecimiento; destacando en este caso, la importancia del

tiempo transcurrido desvinculado del sistema de Seguridad Social y en concreto un período de tres años y cuatro meses, desde el cese en la actividad laboral y el fallecimiento.

Por el contrario, la **STSJ de Valencia de 29 de junio de 2001,** I.L. J 2711, no aplica tal doctrina flexibizadora del requisito de alta o asimilada, en un supuesto en el que el causante fallecido por enfermedad común, no se inscribió durante el período intermedio en solicitud de demanda de empleo, transcurriendo más de nueve meses entre la baja en el trabajo y la enfermedad, siendo también relevante que la enfermedad (dependencia del alcohol) fue diagnosticada con posterioridad a la extinción de servicios laborales. Además, en este supuesto el causante tampoco reuniría si se aplicara la doctrina flexibilizadora, la carencia de 500 días cotizados en los cinco años anteriores al fallecimiento, resolviendo este Tribunal, de forma errónea, que para esta prestación no es de aplicación la teoría del paréntesis o retroacción del período en situación de paro involuntario a afectos del cómputo del período de carencia (erróneamente considera que la doctrina –jurisprudencial– del paréntesis, es sólo de aplicación para el reconocimiento de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente).

Error en la inaplicación de la "doctrina del paréntesis", pues tal y como resuelve la **STS de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 2864, y en la que se establecen los criterios para la aplicación de tal doctrina jurisprudencial –y es ello donde radica la relevancia de esta sentencia– esta doctrina tiene su basamento en una interpretación evolutiva o interpretación adaptada al momento de aplicación de la norma interpretada (normalmente reglamentos de los años 60), y que supone que cuando se exija un cómputo de carencia en tiempo próximo al hecho causante, se excluyan de ese período los "tiempos muertos" o "paréntesis". Los criterios para aplicar esta doctrina se pueden resumir en: 1) esta doctrina no supone la reducción del período de cotización impuesta (STS de 5 de octubre de 1997); 2) los intervalos excluidos son en principio aquellos en los que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad –como la situación de desempleo–; 3) también es posible excluir de dicho cómputo –a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y cotización–, un interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo, que no revele voluntad de apartarse del mundo laboral (SSTS de 12 de marzo de 1998 y de 9 de noviembre de 1999), y 4) la valoración del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su "carrera de seguro", y en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal (STS de 25 de julio de 2000).

Tampoco es posible aplicar la jurisprudencia humanitaria sobre asimilación al alta, en el supuesto de que se cese voluntariamente en el trabajo sin estar impedido en absoluto para su trabajo habitual camionero –y sin que conste su pase a situación de incapacidad temporal–, tal y como aplica la **STSJ de Valencia de 24 de julio de 2001,** I.L. J 2991, e incluso tampoco se considera en situación asimilada al alta si no se reconoció derecho a prestación por no lucrar carencia (STS de 22 de febrero de 1998).

El origen común o profesional del fallecimiento es determinante, no sólo a la hora de establecer los requisitos exigidos, exigencia de alta o situación asimilada cuando el ori-

gen es común o aplicación de la regla de alta de pleno derecho cuando el origen es profesional (arts. 124 y 125 de la LGSS), sino también de la aplicación de los diversos mecanismos para garantizar el derecho a la prestación –responsabilidad en orden a las prestaciones– (arts. 126 y 127 de la LGSS), como para determinar la Base Reguladora aplicable. En relación con la determinación de las prestaciones de muerte y supervivencia como derivadas de accidente de trabajo, es de aplicación la noción del mismo establecido en el artículo 115 de la LGSS, y en aplicación de su punto 4, en el que se establece los supuestos que no tendrán la consideración de accidente de trabajo, la **STSJ de Valencia de 13 de septiembre de 2001,** I.L. J 34011, considera que la presencia en el causante de un grado de alcoholemia muy superior al permitido (3,01 gramos), constituye una imprudencia temeraria del trabajador, circunstancia que impide la calificación como de accidente de trabajo [punto b) del apartado anterior].

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

La **STSJ de Madrid de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 2915, reitera la exigencia de vínculo matrimonial para causar derecho a la pensión de viudedad, tal y como exige el artículo 174.1 de la LGSS, tal y como también ha sido aplicado pacíficamente por la jurisprudencia (por todas, SSTS de 20 de mayo de 1992, 10 de noviembre de 1993 y 29 de junio de 1996 y por el TC en reiteradas sentencias desde 1990 hasta la más recientes de 17 de febrero de 1998), sin que dicho requisito pueda hoy enervarse por la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio por personas del mismo sexo, pues como el Tribunal Constitucional, en su Auto de 11 de julio de 1994 admitió "la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal y como prevé nuestro Código Civil". Todo ello pone de manifiesto la necesidad de regular tales situaciones (modificación del Código Civil muchas veces anunciada), sin que sea suficiente el reconocimiento por alguna administración local (mediante registros) de la situación de "pareja de hecho".

b) Orfandad

El artículo 175.1 de la LGSS reconoce el derecho a la pensión de orfandad, como regla general (en el punto segundo está prevista una regla especial que aumenta el límite de edad en los supuestos de no realizar trabajo lucrativo), a cada uno de los hijos del causante que, al fallecer, sean menores de dieciocho años o estén incapacitados para el trabajo; disposición, que en lo relativo al alcance del término incapacidad para el trabajo, ha de completarse con lo especificado en el artículo 9.1 del RD 1647/1997, de 31 de octubre (por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social) en el que se determina que los grados que integran tal precepto son "en un grado valorado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez", es decir, "imposibilidad de realizar una actividad laboral retribuida" tal y como indica la **STSJ de Andalucía (Granada), de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3255.

Tal y como exige el artículo 175.1 de la LGSS la incapacidad para los mayores de 18 años, ha de acreditarse en el momento de fallecer el causante, aunque tal exigencia es flexibilizada por **la STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2644, que presume la certeza de tal hecho en un supuesto en el que se acredita por el huérfano mayor, una psicosis esquizofrénica después del fallecimiento del causante, pero si se acude a la prueba de las presunciones judiciales (prevista en el artículo 386.1 de la LEC), esta esquizofrenia tiene sus antecedentes en la adolescencia, pues ya sufría en ella una esquizofrenia simple (se le declaró exento del servicio militar), por lo que considera que "existe un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, entre uno y otro".

c) Pensión en favor de familiares

La **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 2846, establece para tener derecho a las prestaciones a favor de familiares, la necesidad de la concurrencia de (art. 176.1 de la LGSS): 1) la dependencia económica del causante; 2) la convivencia con el causante y a sus expensas; 3) que no tengan derecho a pensión del Estado, provincia o municipio o a prestaciones periódicas de la Seguridad Social, y por último 4) que el demandante de la prestación carezca de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil. Requisito este último que no se reúne, si queda acreditada la suficiencia de medios de los hijos del demandante de prestación y la obligación que tienen de prestarle alimentos según el Código Civil (art. 143).

Por el contrario, el requisito exigido en las prestaciones a favor de familiares (pensión y subsidio), de que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil (artículos 22 y 25 de la Orden de 13 de febrero de 1967), es interpretado de forma flexible por la **STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 2001,** I.L. J 3271, en un supuesto en el que el padre de la demandante abandonó a ella y a su madre, sin que desde aquel momento mantuviera ninguna relación con dichos familiares, ni observara ninguna prestación; por lo que en estas circunstancias no cabe entender realizada la "posibilidad de prestar alimentos", posibilidad que entiende, no puede ser "puramente teórica".

El RD 4/1998, de 9 de enero (de revalorización de las pensiones para 1998), da nueva redacción al artículo 25 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por el que se establecen que tendrán derecho al subsidio temporal a favor de familiares los hijos y hermanos que, en la fecha del hecho causante, sean mayores de 21 años de edad, solteros y viudos y reúnan las condiciones exigidas en los párrafos c), d) y e) del apartado 1, del artículo 22 de la misma Orden. De esta manera se reconoce el carácter complementario de este subsidio respecto a la pensión de orfandad, al hacer coincidir la reforma la extinción de ésta (edad del beneficiario), con el inicio de la percepción del subsidio. En consecuencia**, la STSJ de Cantabria de 21 de noviembre de 2001,** I.L. J 2786, establece que los hijos aportados al matrimonio por el cónyuge superviviente, tienen igual derecho (tal y como ha previsto el artículo 9.3 del RD 1647/1997, de 31 de octubre), cuando reúnan los requisitos específicamente exigidos (que el matrimonio se hubiese celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante, que se pruebe la convivencia con el

causante y a sus expensas y que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil), además de los arriba indicados.

El derecho a la pensión a favor de familiares y en concreto a los hijos o hermanos de los beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, está condicionado a la acreditación entre otras circunstancias de la dedicación prolongada al cuidado del causante [artículo 176.2.c) de la LGSS]. En este sentido, **la STSJ de Andalucía (Granada) de 30 de octubre de 2001,** I.L. J 2739, interpreta la exigencia en sentido amplio, no en referencia al literal y estricto de convivencia física y material bajo el mismo techo, "sino al nexo de ayuda constante, colaboración material y espiritual, auxilio efectivo y personal permanente y directo, aun cuando no sea exclusivo" (en ese sentido entre otras, STS de 20 de marzo de 1985); dedicación que entiende se desprende del supuesto en el que el actor convivió en el mismo domicilio de forma permanente con el causante (pensionista de incapacidad permanente absoluta), junto a su madre, pensionista de jubilación del REA por cuenta ajena. Elementales circunstancias, que el Tribunal las considera "suficientes" para entender cumplido el requisito, lo que supone sin duda una interpretación realmente amplia de la doctrina de suplicación.

C) Cuantía de las pensiones

El cálculo de la base reguladora de las pensiones de orfandad (también de viudedad y a favor de familiares) derivadas de fallecimiento por accidente de trabajo –al igual que por enfermedad profesional– se determina por aplicación del artículo 9.d) de la Orden de 13 de febrero de 1967, de muerte y supervivencia, sobre las retribuciones efectivamente percibidas, y por remisión directa, la determinación de las mismas se llevará a cabo con sujeción a las normas establecidas en el Capítulo V del Decreto de 22 de junio de 1956, que aprueba el texto refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo y del Reglamento. Tal precepto, que tiene más de 40 años y que necesita claramente una nueva redacción, establece en su artículo 60.2 la forma de obtener el "salario base anual de la pensión o renta por incapacidad permanente o muerte". Esta imperiosa necesidad de reforma, se ha visto en parte refrendada por la precisión establecida por el Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998, que en su Disposición Adicional Undécima establece que "a efectos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, el cociente que resulte de dividir la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado (hay que entender causante) en el año anterior al hecho causante, entre el número de días realmente trabajados por aquél en el mismos período se multiplicará por 273, salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso, se aplicará el multiplicador que corresponda. Para la **STSJ de Extremadura de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 3293, la incidencia de esta reforma, además de la aclaración sobre la regla de cálculo, recae en que no establece "un período inamovible de un año para aquél con independencia del período trabajado para la empresa en la que se accidentó";

por lo que concluye que esto impide la posibilidad de "computar complementos de todas aquellas empresas para las que el causante prestó servicios de forma sucesiva –no estamos ante un supuesto de pluriempleo– en el período de un año".

Reconocida la pensión de viudedad y determinada su cuantía, ésta se ve posteriormente minorada en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido –a quien sea o haya sido cónyuge legítimo–, minoración que afecta a los mínimos garantizados en los diferentes decretos y que afectan a la única prestación de viudedad y no a cada uno de los beneficiarios (a diferencia de lo previsto para las pensiones de orfandad que se otorgan a cada uno de los huérfanos), "lo que implica que es indiferente que exista un beneficiario o varios, porque la prestación es proporcional al tiempo de convivencia", tal y como aplica la **STSJ de Asturias de 9 de noviembre de 2001,** I.L. J 2668. Esto supone que el derecho íntegro a los mínimos garantizados en cada momento, sólo es de aplicación en el supuesto de sobrevivir un único cónyuge y éste lo sea –con convivencia– en el momento del fallecimiento.

D) Dinámica de la protección

Tras la reforma introducida en la redacción del artículo 175 de la LGSS por el artículo 10 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social, y que supuso el aumento –hasta los 21 o 23 y hoy nuevamente ampliada hasta los 22 o 24–, del límite de edad para el percibo de la pensión de orfandad, en los casos en que cumpliendo 18 años, no se efectuase un trabajo lucrativo, la **STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3153, y ante los problemas suscitados de la aplicación paulatina de la reforma, sigue el criterio ya indicado en estas páginas, de que en estos casos no nos hallamos ante el reconocimiento de una prestación, ni ante el nacimiento del derecho a la misma, tratándose, sin embargo, de la rehabilitación de tal derecho; lo que supone que, reconocida su imprescriptibilidad (artículo 178 de la LGSS), además éstas no pueden caducar (artículo 44.2 de la LGSS), pues no nos encontramos aquí ante su nacimiento *ex novo*.

E) Régimen de incompatibilidades

El artículo 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, introdujo un apartado segundo al artículo 174.1 de la LGSS, y que supone el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad (también de orfandad) aunque el causante no se encontrara en alta o en situación asimilada al alta a la fecha del fallecimiento, pero siempre que se hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años. Pues bien, este beneficio es también de aplicación a los causantes del Régimen Especial de Trabajadores por cuenta Propia o Autónomos, ya que el punto tres de la Disposición Adicional Decimotercera del Real Decreto 9/1991, de 11 de enero (que establecía las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional para 1991) reformó la acción protectora de este régimen (originalmente recogida en el RD 2530/1970), estableciendo que "las prestaciones de muerte y supervivencia serán reconocidas en los mismos términos que en el régimen general, en lo relativo a sujetos causantes, beneficiarios, períodos pre-

vios de cotización, cálculo de la base reguladora y porcentaje a aplicar sobre ésta para hallar la cuantía de la prestación". Esto supone, según la **STSJ de Cantabria de 29 de diciembre de 2001,** I.L. J 3105, que se puedan causar pensiones de viudedad y orfandad en el Régimen General y en el de Autónomos, pues la norma "nada dice de la subsidiariedad de la pensión ni mucho menos de su incompatibilidad". Es decir, "las pensiones causadas, en el Régimen General y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, son consecuencia de actividades y cotizaciones diferentes (pluriactividad y no pluriempleo) y, por tanto, no existe razón alguna que impida la percepción de ambas pensiones".

José Luis Monereo Pérez
María Nieves Moreno Vida
Ángel J. Gallego Morales
José María Viñas Armada
Susana de la Casa Quesada

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Sumario:

1. Cosideración preliminar. 2. Derecho Administrativo Sancionador. A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. a) Empleo y prestaciones de desempleo. b) Salud laboral. c) Materia laboral.

1. COSIDERACIÓN PRELIMINAR

El objeto de esta crónica se centra en el análisis de las sentencias que en el ámbito del Derecho Administrativo Laboral han sido publicadas en los números 13, 14, 15 y 16 (2001) de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2627 a J 3406).

En esta materia, la novedad legislativa más importante que ha aparecido desde nuestra última crónica es, sin duda, la aprobación del conocido y controvertido RD-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. En coherencia con las previsiones materiales incorporadas en la Ley General de Seguridad Social, en la nueva norma se introducen también las correlativas modificaciones en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: en concreto, queda afectada tanto la tipificación de las infracciones leves y graves de los trabajadores en materia de empleo –art. 17.1.c) y art. 17.2 LISOS–, como también la redacción de las sanciones correspondientes a estos ilícitos –art. 47.1.a) y b) y art. 47.3 LISOS–.

Dada la actualidad de esta cuestión, es obvio que los pronunciamientos del período que más interés y curiosidad despiertan son precisamente un grupo de sentencias que se pronuncian sobre diversas conductas de perceptores de prestaciones de desempleo relacionadas con el cumplimiento de sus obligaciones como demandantes de empleo: en concreto, se trata de decisiones judiciales que abordan ilícitos tales como la incomparecencia ante la oficina de empleo para renovar la demanda de empleo o ser incluido en un programa de inserción laboral, o asimismo, la tan traída y llevada infracción consistente en rechazar una oferta de empleo adecuada [*infra*, 2.C).a)].

2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

En este aspecto, los pronunciamientos a remarcar son de índole muy diversa. De entrada hay que destacar la **STS de 12 de noviembre de 2001,** Sala Tercera, ya referida en la crónica anterior y ahora publicada con la referencia I.L. J 2762, en la que se clarifica que el plazo de caducidad de seis meses previsto por el art. 20.3 RD 928/1998 para el desarrollo del procedimiento sancionador en el orden social comienza a computar en la fecha del acta de infracción extendida por la Inspección –y no en la fecha de la visita inspectora– y tiene su término en la fecha de notificación de la resolución del expediente sancionador.

Por lo que se refiere al proceso laboral de oficio incoado por la autoridad laboral con origen en un acta de infracción –en el caso, se cuestionaba si se había transgredido o no la normativa sobre contratación temporal–, la **STSJ del País Vasco de 26 de diciembre de 2001,** Sala Social, I.L. J 3164, aclara que esta modalidad procesal está vedada a los particulares y que, desestimada la demanda en la instancia, no cabe que el trabajador afectado interponga recurso de suplicación, ya que quien no tiene legitimación para interponer demanda no la tiene para recurrir:

> "Bien es cierto que el artículo 148.2.a) de la LPL considera como parte a los trabajadores afectados, pero tal consideración lo es a efectos puramente procesales en la instancia (...), pero no lo es a efectos de recurrir."

Con ocasión también de un proceso laboral de oficio, la **STSJ de Aragón de 2 de noviembre de 2001,** Sala Social, I.L. J 3171, se pronuncia sobre la eventual vinculación de hechos probados que puede existir entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la social. Extendida acta de infracción y liquidación, y discutida si la relación de una trabajadora con una correduría de seguros es laboral o mercantil, una inicial sentencia contencioso-administrativa consideró laboral la relación, pero sin dar audiencia en el proceso a la sociedad demandada. En tales condiciones, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón considera que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre vinculación de un órgano judicial a los hechos declarados probados por otro órgano jurisdiccional en atención a que "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado" no parece que pueda ser aplicada al supuesto de autos, dado que la falta de intervención de la empresa pudo ocasionarle la indefensión prescrita en el art. 24.1 CE, de tal forma que en el presente litigio la sentencia contencioso-administrativa sólo debe valorarse como una prueba más, pero sin considerar vinculante el *factum* de la misma. Aclarada esta cuestión, el Tribunal de lo social valora por sí mismo los hechos y concluye que la relación analizada no tiene naturaleza laboral, sino mercantil, en atención a las circunstancias concurrentes en la trabajadora –ser miembro del Consejo de Administración, tener su propia cartera de clientes, haber suscrito con la entidad un contrato de comisión en la gestión de seguros privados, ser titular de participaciones de la

entidad,..., sin que obste a tal calificación el hecho de que tuviera garantizado un mínimo salarial mensual–.

Finalmente, los pronunciamientos dictados sobre cuestiones jurisdiccionales se completan con algunas otras sentencias referidas a la impugnación de sanciones en materia de prestaciones de desempleo, cuyo análisis se efectúa en un epígrafe posterior [*infra*, 2.C).a)].

B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza

Sobre esta cuestión, las sentencias dictadas no hacen más que reiterar la clásica doctrina sobre la eficacia probatoria de las actas inspectoras. Así, en relación a una infracción en materia de prevención de riesgos que ocasiona un accidente de trabajo, la **STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2001,** Sala Social, I.L. J 3062, recuerda que la presunción *iuris tantum* de veracidad de las actas de la Inspección de Trabajo se limita a los hechos objetivos susceptibles de percepción directa por el Inspector o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por otros medios de prueba consignados en la propia acta, sin que se extienda a las apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, declarando que tal eficacia tiene como consecuencia la de desplazar a quien perjudica la carga de probar que aquellas afirmaciones no se ajustan a la realidad. En el caso enjuiciado, el Tribunal entiende que el hecho de que la visita de la Inspección se girara dos semanas después del accidente no priva de virtualidad probatoria a su actuación, pues no consta que se haya producido una modificación sustancial de la situación del lugar y elementos intervinientes en el accidente, añadiendo la Sentencia que el Libro de incidencias aportado por la empresa no es documento idóneo para desvirtuar la fuerza probatoria del acta inspectora.

La misma doctrina sobre el alcance de la presunción de certeza se reproduce en la **STSJ de Cantabria de 12 de diciembre de 2001,** Sala Social, I.L. J 3217, que en relación a una infracción muy grave impuesta a un empresario por emplear sin dar de alta en la Seguridad Social a un perceptor de una pensión de jubilación (art. 23.1 LISOS), señala que la prueba en contrario aportada por el presunto infractor ha de ser eficiente, precisa y claramente convincente, no reuniendo tales características las meras declaraciones subjetivas de los trabajadores y el empresario afectado, prevaleciendo por tanto los hechos reflejados en el acta –realización por el beneficiario de actuaciones tales como revisión de documentos bancarios, actuaciones contables, etc.–, que a juicio del juzgador constituyen indicios suficientes para presumir la existencia de relación laboral.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Empleo y prestaciones de desempleo

Por lo que se refiere con carácter estricto a los ilícitos en materia de empleo, simplemente hay que hacer mención a las **SSTS de 5 y 6 de noviembre de 2001,** Sala Tercera, I.L. J 2760 y 2761, cuyo contenido ya fue objeto de comentario en la crónica anterior y que, por tal razón, ahora, a modo de síntesis, tan sólo cabe recordar que constituyen dos pronunciamientos en los que se declara la procedencia de la sanción impuesta a sendas

empresas que habían contratado en prácticas con la categoría de auxiliar administrativo a varios trabajadores con diferentes titulaciones (Derecho, Ciencias Económicas y Empresariales, etc.) y que por tales contrataciones se habían beneficiado de las correspondientes bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social (art. 16.3 LISOS).

Más abundantes y variados son los pronunciamientos emitidos en el terreno de las infracciones cometidas por los perceptores de prestaciones de desempleo, destacando entre ellos un grupo de sentencias relacionadas con la actitud de los beneficiarios ante la solicitud y búsqueda de empleo. Así, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 1 de octubre de 2001,** Sala Social, I.L. J 2745, se pronuncia sobre la sanción de suspensión de un mes en el percibo de la prestación de desempleo que el INEM impuso a la beneficiaria por no haber acudido en la fecha indicada a la renovación de la demanda de empleo trimestral. Habiendo acreditado la interesada en el expediente sancionador que el motivo de su incomparecencia se debía a la prescripción médica de guardar reposo a fin de evitar un parto prematuro, el Tribunal declara la procedencia de la sanción impuesta, en atención a que, en su momento, la perceptora de la prestación no comunicó al INEM su imposibilidad de acudir el día fijado, no siendo hasta el inicio del procedimiento sancionador cuando aportó el documento justificante del reposo prescrito.

La misma infracción leve de no acudir a las oficinas del INEM a renovar la demanda de empleo se aborda en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de octubre de 2001,** Sala Social, I.L. J 3050, pero, esta vez, centrándose en el terreno de la impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa sancionadora. Dado que también aquí la sanción impuesta había consistido en la suspensión de la prestación por desempleo por un período de un mes, el Tribunal tiene en cuenta que la cuantía de dicha mensualidad es inferior a 300.000 pesetas y que, por tanto, la reclamación no es susceptible de recurso de suplicación, conforme a lo previsto en el art. 189 LPL.

Aun cuando con un fin diferente, la incomparecencia ante el INEM de un perceptor de prestaciones de desempleo es también el supuesto de hecho que subyace en la argumentación de la **STSJ de Baleares de 7 de noviembre de 2001,** Sala Social, I.L. J 3032, en relación a una resolución sancionadora que había acordado la extinción de la prestación por no haber acudido el beneficiario a una citación cuyo objeto era valorar su posible incorporación a un programa de inserción laboral. Habiéndose constatado que la notificación había sido remitida por correo certificado a la dirección que el propio perceptor había declarado como domicilio propio y que la misma había sido entregada a una persona que trabajaba en aquel local, la Sentencia declara que estos datos permiten en principio presumir que la comunicación llegó a manos del destinatario y que debe ser éste quien demuestre que no recibió la carta. Esto dicho, el Tribunal respeta la valoración de la prueba efectuada por el juzgador de instancia, quien no había dado crédito a las alegaciones del demandante de no haber recibido la notificación, pese a haberlas fundado en el testimonio del receptor del envío y en el dato de que en ocasiones anteriores sí había acudido a las llamadas de la entidad gestora. Ahora bien, lo que sí matiza el Tribunal Superior de Justicia es que los tipos infractores no admiten interpretaciones

extensivas y que, en atención a las circunstancias del caso, la falta de presentación del actor a la citación no debe equipararse a una negativa a participar en un programa de inserción laboral, de modo que, más que constituir una infracción grave del art. 17.2 LISOS, la incomparecencia del beneficiario a la oficina de empleo encuentra un encaje más correcto en la infracción leve del art. 17.1.a) LISOS, por lo que la sanción que corresponde es la pérdida de la prestación durante un mes.

Ya en relación a las conductas consistentes en la no aceptación de empleos por parte de los solicitantes, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de octubre de 2001,** Sala Social, I.L. J 2736, resuelve un supuesto en que el INEM impone una sanción por considerar que una perceptora de prestaciones por desempleo había rechazado una oferta de empleo adecuada, tras haberse presentado a una entrevista a la que acudieron otros candidatos y haber informado la empresa que la interesada había fundado su negativa en que "va a trabajar en otro sitio" (*cfr.* art. 17.2 LISOS). La sentencia referida declara la improcedencia de la sanción, en tanto aduce que las normas sancionadoras deben interpretarse restrictivamente y en el caso enjuiciado no existe prueba suficiente para acreditar la infracción de la beneficiaria:

> "no hay 'prueba' alguna de que la demandante haya renunciado a una oferta adecuada de empleo, pues partiendo de que la oferta de empleo (...) era genérica, como lo advera el hecho de que se presentaran muchos aspirantes y que la empresa contratante seleccionó a los que tuvo por conveniente, en ningún caso queda acreditado que la actora fuera elegida y que renunciara a la plaza por cuanto iba a colocarse en otro puesto, sin que la simple alegación o constancia de tal dato, pueda asumirse como prueba de ello, por lo cual, y al no haber justificado la Entidad Gestora la no aceptación de una oferta adecuada de empleo, no puede, válidamente, sancionar, a la solicitante".

En otro orden de cosas, por lo que se refiere a una de las consecuencias derivadas de la resolución sancionadora por este tipo de infracciones –en concreto, connivencia con la empresa para la obtención de prestaciones por desempleo–, la **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** Sala Social, I.L. J 2955, se detiene a analizar el plazo de que dispone el INEM para exigir el reintegro de las prestaciones por desempleo indebidamente percibidas. Señala el Tribunal que la regla general a estos efectos es la sujeción a un plazo de prescripción que en el momento de los hechos era de cinco años –y que en la normativa vigente ha quedado reducido a cuatro años (art. 45.3 LGSS)–, si bien recuerda que, conforme a reiterada jurisprudencia, existen dos excepciones a esta regla: de un lado, los supuestos de percepción indebida sobrevenidos como consecuencia del cambio en la interpretación general de determinadas normas; y de otro, la excepción alegada por el recurrente, consistente en la concurrencia de demora significativa en la actuación de la entidad gestora respecto al momento en que contaba con los datos para regularizar la situación y, además, existencia de buena fe en el beneficiario, entendiendo la Sentencia que ninguno de estos dos requisitos se observan en el caso enjuiciado, por lo que resulta de aplicación el plazo de prescripción general.

Por último, existen otras dos sentencias que se adentran en los difíciles problemas de delimitación y ordenación entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa en esta materia que ahora nos ocupa. En concreto, constatada una infracción muy grave por

compatibilizar la actividad por cuenta propia con el percibo de la prestación de desempleo, e impuesta por la autoridad laboral la sanción de pérdida de la prestación y la obligación de devolver lo indebidamente percibido, la **STSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2001,** Sala Social, I.L. J 2653, se plantea la cuestión de si, estando pendiente en vía contencioso-administrativa el recurso frente a la resolución sancionadora, se produce litispendencia en el proceso laboral que conoce sobre la devolución de las prestaciones indebidas. A juicio de la Sala, en estos supuestos no es aplicable técnicamente la excepción de litispendencia, en tanto estamos ante órdenes jurisdiccionales diferentes. Ahora bien, la Sentencia entiende que para que proceda el reintegro de las prestaciones indebidas previsto en los arts. 227 LGSS y 33 RD 625/1985 es necesario que la sanción de pérdida de las prestaciones sea firme, por lo que, no existiendo ésta todavía, procede declarar la nulidad de la resolución administrativa del INEM por la que se requería la devolución de dichas prestaciones. En opinión del Tribunal, no es óbice para defender esta conclusión el hecho de que el art. 24.2 del RD 928/1998 disponga la solución contraria, ya que esta previsión reglamentaria carece de la suficiente cobertura legal:

> "Al efecto de habilitar la resolución de reintegro, no basta con alegar la ejecutividad del acto administrativo sancionatorio y la ausencia de un incidente de suspensión en el proceso contencioso-administrativo, ya que, encontrándonos ante una consecuencia negativa para el beneficiario, como es el reintegro de las prestaciones, consecuencia derivada de una sanción administrativa, no se puede presumir la realidad de los hechos y la culpabilidad del autor hasta la firmeza de dicha sanción administrativa. Otra solución sólo sería factible si hubiese disposición en contrario amparada en norma con rango de ley –no en vano estamos en el ámbito del derecho administrativo sancionador–, pero, ni en el artículo 47.2, ni en el artículo 48.4, de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, se dice ello expresamente. Ciertamente, sí lo dice el artículo 24.2 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, aunque se trata de una norma de rango reglamentario, insuficiente, en consecuencia, a los efectos de anticipar los efectos negativos de una sanción administrativa antes de verificarse su firmeza definitiva."

En cierto modo, la aplicación del criterio anterior puede verse en la **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001,** Sala Social, I.L. J 3126, relativa a una sanción de extinción de la prestación de desempleo impuesta por la autoridad laboral, que una vez alcanzada su firmeza por no haberse impugnado en vía contencioso-administrativa, da origen a una resolución del INEM requiriendo el reintegro de las prestaciones indebidas. Iniciado proceso laboral para reclamar el derecho a la prestación y la anulación del requerimiento de devolución de cantidades, el Tribunal afronta la tantas veces planteada cuestión de cuál es la jurisdicción competente para conocer del asunto, y a este respecto señala que la primera pretensión del interesado se dirige a revocar la sanción, por lo que, en tanto no se haga efectiva la redacción del art. 3.a) LPL, dicha cuestión no es competencia de la jurisdicción social, sino de la jurisdicción contencioso-administrativa, añadiendo que idéntica solución cabe atribuir a la pretensión referida al reintegro de las prestaciones, ya que siendo esta obligación una consecuencia de la sanción, sería absurdo no residenciar ambas materias en la misma jurisdicción.

b) Salud laboral

Sobre esta materia, únicamente hay que hacer referencia a tres sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que ya fueron destacadas en la anterior crónica núm. 10 y a las que, por tal motivo, sólo se hará aquí una breve indicación. La primera de ellas es la **STS de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 2835, en la que se analiza el alcance del art. 40.2 LISOS en su redacción anterior a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, destacando que si en ese momento la responsabilidad del empresario principal en contratas de propia actividad era directa y fundada en el principio de culpabilidad, ahora, en la normativa vigente, dicha responsabilidad es de tipo solidario (cfr. actual art. 42.3 LISOS). Esta Sentencia citada, junto a la **STS de 12 de noviembre de 2001,** I.L. J 2763, se pronuncian además sobre sendos supuestos de accidente de trabajo, respecto a los que fundamentalmente efectúan dos tipos de consideraciones: de un lado, a efectos de calificar el ilícito como muy grave se constata la concurrencia de la nota de gravedad –en el primer pronunciamiento, por falta generalizada de medidas de seguridad en lugares con riesgo de caída superior a dos metros; y en el segundo, por prestarse los trabajos en tejados resbaladizos sin tableros de paso y sin cinturones de seguridad eficaces–, y al mismo tiempo se aprecia además el requisito de la inminencia del riesgo –acreditado en ambos casos en que el peligro se materializó en un accidente de trabajo, producido además en el segundo supuesto en la misma mañana de iniciación de los servicios–; de otro lado, respecto a las circunstancias de graduación de la sanción, la STS de 10 de diciembre de 2001 admite y considera constitucional la valoración como agravante de la cifra del presupuesto de la obra como indicativa del volumen de negocios de la empresa; y por su parte, la STS de 12 de noviembre de 2001 decide rebajar la sanción a su grado medio, dado que considera que no pueden tenerse en cuenta como elementos de agravación ni el número de trabajadores afectados por los daños –sólo dos lesionados–, ni tampoco los riesgos inherentes al trabajo –ya apreciados para calificar la falta como muy grave y, por tanto, sin posibilidad de duplicar sus efectos negativos–. Finalmente, tanto la referida STS de 10 de diciembre de 2001, como la **STS de 3 de diciembre de 2001,** I.L. J 2834, hacen frente a las alegaciones planteadas sobre el diferente trato que implica la imposición de una mayor multa económica a una empresa principal que a una empresa contratista, respondiendo el Tribunal Supremo que en tal decisión no existe vulneración del principio de igualdad, por cuanto las conductas sancionadas en uno y otro caso son distintas, y diferentes son también las responsabilidades que surgen del respectivo incumplimiento de las obligaciones propias de cada empresario en materia de prevención de riesgos.

Para cerrar este apartado, resta tan sólo hacer mención a la **STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2001,** Sala Social, I.L. J 3062, en la que se recuerda y aplica la tesis del Tribunal Supremo, según la cual, el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad tiene carácter punitivo y, en atención a ello, debe ser aplicado en forma restrictiva, previa demostración de la comisión de una infracción de normas de seguridad e higiene causante de un resultado lesivo o dañoso, requisitos que acontecen en el caso valorado en la Sentencia y que determinan la procedencia del recargo.

c) Materia laboral

En este ámbito, cabe únicamente remitirse a las citadas **SSTS de 5 y 6 de noviembre de 2001**, Sala Tercera, I.L. J 2760 y 2761, relativas a la incorrecta utilización de la contratación en prácticas y que, al margen de constituir un ilícito en materia de empleo por implicar un disfrute indebido de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, constituye también una vulneración del art. 11 ET –cfr. art. 7.2 LISOS– [*supra*, 2.C).a)].

José María Goerlich Peset
María Amparo García Rubio
Luis Enrique Nores Torres
Mercedes López Balaguer
Amparo Esteve Segarra

XII. EL PROCESO LABORAL

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Contratos mercantiles simulados. B) Expediente de regulación de empleo. Empleados afectados. C) Mutuas de accidentes de trabajo. D) Indemnización por daños y perjuicios. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Actos de la Administración. Impugnación. B) Contratos civiles o mercantiles. C) Responsabilidad extracontractual. **4. Actos de Comunicación. Notificación defectuosa. 5. Demanda.** A) Acciones declarativas. B) Variación sustancial. **6. Excepciones.** A) Caducidad. B) Cosa juzgada. C) Prescripción. D) Litisconsorcio pasivo necesario. E) Inadecuación de procedimiento. **7. Práctica de la prueba.** A) Carga de la prueba. Inversión. Vulneración derecho fundamental. B) Denegación de prueba. Nulidad de actuaciones. **8. Sentencia.** A) Incongruencia. B) Hechos probados. a) Incidencia del previo proceso contencioso-administrativo. b) Insuficiencia. c) Hechos probados en procedimiento anterior. C) Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. **9. Audiencia al rebelde. Inadecuación de procedimiento. 10. Incidente de nulidad de actuaciones. Extravío del escrito de impugnación en la tramitación del recurso de suplicación. 11. Despido. Salarios de tramitación.** A) Ofrecimiento y depósito. B) Despido por causas objetivas. Preaviso y salarios de tramitación. C) Contrato de duración determinada. D) Límite temporal. Nulidad de la sentencia dictada en la instancia. E) Incapacidad Temporal. F) Descuentos por otro empleo. Carga de la prueba. **12. Recurso de suplicación.** A) Naturaleza y objeto. B) Legitimación activa. Sentencia absolutoria. C) Afectación general. D) Falta de consignación. Despido. E) Improcedencia por razón de la materia. Clasificación profesional. F) Contra Autos. **13. Recurso de queja. Presentación. 14. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción: requisitos procesales y materiales. B) Falta de motivación. **15. Recurso de revisión.** A) Documento recobrado. B) Maquinación fraudulenta. **16. Recurso de amparo. Agotamiento vía judicial ordinaria. 17. Ejecución de sentencia.** A) Sentencias no ejecutables. B) Prejudicialidad penal. C) Legitimación pasiva. Sucesión de empresa. D) Intereses. E) Irrenunciabilidad de derechos. F) Despido. Lanzamiento de vivienda. **18. Temeridad y mala fe.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones relativas al proceso laboral y que han sido publicadas en los números 13 a 16 (ambos inclusive) del año 2001 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. Es de destacar la **STS de 12 de noviembre de 2001,** Sala Tercera, I.L. J 2762, que establece la doctrina en relación con el cómputo del plazo de caducidad en los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Contratos mercantiles simulados

La **STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 2002,** I.L. J 3072, reitera la doctrina del TS en relación con la calificación jurídica de los contratos, que ha de realizarse teniendo en cuenta su contenido obligacional propio, prescindiendo del *nomen iuris* empleado por los contratantes. Con este punto de partida, se califica como laboral –y, por ende, sujeta al Orden Social de la Jurisdicción– la relación que vincula a un fontanero con una empresa de servicios, al constatar la presencia de los elementos caracterizadores de la relación laboral.

B) Expediente de regulación de empleo. Empleados afectados

En relación con un expediente de regulación de empleo aprobado por la autoridad laboral de forma innominada, esto es, sin expresar la relación de trabajadores afectados, la competencia del Orden Contencioso-Administrativo sólo llega a los aspectos a los que llegó la autorización administrativa, de forma que toda cuestión litigiosa relativa a la determinación de los concretos trabajadores afectados corresponde al Orden Social, conforme proclama la **STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 2934.

C) Mutuas de accidentes de trabajo

La **STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 2972, señala que el Orden Social extiende su competencia a las reclamaciones de las Mutuas contra los empresarios, por los gastos de asistencia sanitaria anticipados por la Mutua cuando el empresario ha incumplido sus obligaciones de cotización a la Seguridad Social.

D) Indemnización por daños y perjuicios

Corresponde al Orden Social la competencia en relación con una reclamación de daños y perjuicios en el funcionamiento anormal de la Administración, consistente en el retraso injustificado de la reincorporación del actor a su puesto de trabajo en dicha

Administración, ya que el objeto de la reclamación se ciñe a los salarios y cotizaciones que debieron satisfacerse durante el tiempo por el que se prolongó el retraso en la mencionada incorporación. Así lo ha entendido la **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 3297.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Actos de la Administración. Impugnación

El Orden Social de la Jurisdicción carece de competencia para resolver una impugnación de un nombramiento para un puesto de Jefe de Sección en la Gerencia de Atención Primaria de una Comunidad Autónoma, conforme declara la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 2657. Del mismo modo, la competencia del Orden Social no se extiende a la impugnación de la apertura de un nuevo Código de Cuenta de Cotización por parte de la TGSS a una empresa previamente registrada ante dicho organismo, en tanto que no se trata de una cuestión relativa a cotización, conforme se indica en la **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3124. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3126, recuerda que, tras las sucesivas modificaciones introducidas en el artículo 3 de la LPL por la Ley 29/1998, de 13 de julio, y la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, la competencia para resolver impugnaciones contra sanciones impuestas en el orden social continúa residenciada en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hasta tanto no se promulgue una nueva ley que incorpore a la LPL las modalidades y especialidades procesales necesarias.

B) Contratos civiles o mercantiles

La actuación de las personas que colaboran con los compradores de naranjas que prestan sus servicios para una compañía, sin percibir ningún género de retribución por parte de ésta, sino solamente las comisiones que les pueden abonar los compradores, queda fuera del ámbito laboral, de modo que, conforme se declara en la **STSJ de Valencia de 25 de mayo de 2001,** I.L. J 2690, el Orden Social no puede conocer de los litigios que deriven de aquella colaboración. Del mismo modo, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de diciembre de 2001,** I.L. J 3250, considera que el Orden Social carece de competencia para resolver una reclamación de cantidad interpuesta contra una entidad bancaria por un trabajador que había mediado en la venta de un inmueble perteneciente a dicha entidad, ya que la realización de las labores de comisión o intermediación estaban encomendadas tanto a los trabajadores de la demandada, como abierta a cualquier otra persona que tuviera intención y modo de facilitar dicha intermediación, dando lugar, por tanto, a contratos de mediación mercantil.

C) Responsabilidad extracontractual

La **STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2001,** I.L. J 3142, declina la competencia de la jurisdicción social en favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con una reclamación de daños y perjuicios dirigida contra Empresa Municipal de

Transportes de Madrid, SA, fundada en la no contratación del actor, que participaba en un concurso de selección de personal. Razona la Sala que "(...) no existe competencia del orden jurisdiccional social sin un contrato laboral que la decante por imposibilidad de existencia de conflicto jurídico entre empresario y trabajador cualidades jurídicas que no ostentan quienes no han constituido entre sí una relación laboral (...)".

4. ACTOS DE COMUNICACIÓN. NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA

La **STSJ de La Rioja de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2685, recuerda que para que prospere una solicitud de nulidad de actuaciones por quebrantamiento de normas procesales se requiere que se cite concretamente la norma violada; que ésta se haya infringido y sea esencial; que se haya producido indefensión, y que se haya formulado protesta. Por su parte, la **STSJ de Cantabria de 29 de diciembre de 2001,** I.L. J 3106, determina la nulidad de actuaciones al no haberse respetado las garantías de la citación por correo certificado cuando éste se recibe por un tercero (debe constar nombre, DNI, domicilio y relación con el interesado), no bastando la mera firma del receptor.

5. DEMANDA

A) Acciones declarativas

La **STSJ de Cantabria de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 2787, mantiene que "(…) no pueden plantearse al Juez cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas (...)", debiéndose rechazar las acciones declarativas que tengan tan sólo un interés preventivo o cautelar, no efectivo, ni actual. En la misma línea, las **SSTSJ de Aragón, de Extremadura y de Cataluña de 8, 16 y 28 de noviembre de 2001,** I.L. J 2632, 2828 y 2817.

B) Variación sustancial

La **STSJ de Murcia de 19 de noviembre de 2001,** I.L. J 2677, considera que existe variación sustancial de la demanda cuando la modificación que se propone, por afectar de forma decisiva a la pretensión ejercitada o a los hechos, introduce un elemento de innovación susceptible de generar para la contraparte indefensión. Por otra parte, la **STSJ de Cantabria de 16 de noviembre de 2001,** I.L. J 2784, afirma que no caben variaciones sustanciales respecto a lo reclamado en fase administrativa, salvo cuando lo pedido como nuevo sea consecuencia o complemento de lo que resulta del expediente.

6. EXCEPCIONES

A) Caducidad

La **STS de 12 de noviembre de 2001,** Sala Tercera, I.L. J 2762, fija la siguiente doctrina legal: "(...) el cómputo del plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 20.3 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por

infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social, aprobado por RD 928/1998, se inicia en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección, y no en la fecha de la visita de Inspección de la que traiga causa si ésta fuera anterior, y termina en la fecha de notificación de la resolución del procedimiento sancionador (...)". Por otra parte, la **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001,** I.L. J 2842, declara caducada la acción de despido que se ejercitó al no haberse cumplido los requisitos reglamentarios para la presentación de escritos en las oficinas de Correos. Aprecia igualmente caducidad de la acción de despido la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 2945, al haber utilizado incorrectamente la vía de reclamación administrativa previa ya que, con fundamento en la jurisprudencia del TS, "(…) para asimilar la eficacia de la vía previa a la conciliación extrajudicial, cuando sea procedente esta última o a la inversa, requiere entre otros requisitos que no se haya indicado al litigante la vía impugnatoria previa adecuada (…)", circunstancia esta que sí concurrió en el supuesto enjuiciado. A su vez, la **STSJ de Extremadura de 5 de diciembre de 2001,** I.L. J 3107, aprecia caducidad de la acción de despido puesto que la acción ejercitada en la papeleta de conciliación previa no concordaba con la articulada en la demanda, y por ello, tal papeleta no suspendió el plazo de caducidad.

B) Cosa juzgada

La **STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2001,** I.L. J 2783, considera que existe cosa juzgada en una reclamación de cálculo de base reguladora de IT por accidente de trabajo ya que entre el procedimiento previo y el presente concurren las identidades del artículo 1252 del CC: (i) identidad subjetiva; (ii) el objeto es el mismo; (iii) identidad en los fundamentos y en la causa de pedir. Por otra parte, la **STSJ de Valencia de 7 de junio de 2001,** I.L. J 2700, reduce la pretensión de una reclamación salarial al apreciar de oficio el efecto positivo de la cosa juzgada dimanante de un pleito previo donde se estableció una antigüedad del trabajador inferior a la solicitada. En sentido contrario, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de septiembre de 2001,** I.L. J 2726, deniega los efectos de la cosa juzgada al no haber alcanzado firmeza la sentencia anterior que se alega. Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de julio de 2001,** I.L. J 2999, afirma que la función positiva de la cosa juzgada no opera como excluyente de una decisión sobre el fondo del asunto, sino que le sirve de base, y por ello, "(…) no es exigible la concurrencia entre los dos procesos de las identidades a que se refiere el artículo 1252 del CC (...)".

C) Prescripción

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 23 de julio de 2001,** I.L. J 2721, en litigo de indemnización por daños y perjuicios por accidente de trabajo, establece que a efectos de prescripción el *dies a quo* es el día en el que se produjo el accidente mortal, y no cuando recayó sentencia firme confirmando el recargo por falta de medidas de seguridad. A su vez, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2660, fija el inicio del plazo de prescripción del artículo 59.2 ET para reclamar daños y perjuicios por accidente laboral en la fecha de declaración de incapacidad total. La **STSJ de Andalucía (Granada) de 27 de noviembre de 2001,** I.L J 3170, establece que la prescripción larga de seis meses de las faltas objeto de sanción disciplinaria ha de computarse, en aquellos

casos en que ha existido una ocultación de los hechos, desde que la empresa tuvo conocimiento de los mismos. Finalmente, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 3406, en consonancia con la STSJ de Madrid de 2 de septiembre de 1991, entre otras, establece que, respecto de las acciones declarativas, la excepción de prescripción no cabe apreciarla mientras subsista la vigencia del contrato de trabajo.

D) Litisconsorcio pasivo necesario

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de noviembre de 2001,** I.L. J 3183, establece que el litisconsorcio pasivo necesario requiere que el tercero no traído al proceso tenga un marcado y definitivo interés en el asunto, o que pueda recaer sobre él una potencial responsabilidad.

E) Inadecuación de procedimiento

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 3283, anula la sentencia de instancia: la reclamación salarial que se interpuso era una reclamación basada en un diferente trato retributivo respecto de otros empleados, y por tanto, debía haberse articulado a través del proceso de defensa de derechos fundamentales.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Carga de la prueba. Inversión. Vulneración derecho fundamental

La **STC 136/2001 de 18 de junio** (recurso de amparo 871/1997), I.L. J 2767, analiza un supuesto en el que la demandante argumenta que las Salas de lo Social del TSJ y del TS no tuvieron en cuenta la alegación de indicios sobre la discriminación sexual motivadora del despido. Razona la sentencia que cuando el trabajador alega motivos discriminatorios o lesión de derechos fundamentales, el empresario queda obligado a acreditar la existencia de causas reales y razonables que justifiquen la medida extintiva, eliminando cualquier presunción que contraríe su legitimidad. Pero para que opere esa inversión de la carga de la prueba es necesario que quien afirme la vulneración acredite los indicios que razonablemente establezcan la probabilidad de la existencia de la lesión. En el caso enjuiciado, el TC estima que la demandante no ha aportado indicios suficientes de esa vulneración, no produciéndose por tanto la inversión de la carga de la prueba. En relación con esta misma cuestión, se ha pronunciado la **STSJ de Murcia de 26 de noviembre de 2001,** I.L. J 2682, que contiene la doctrina constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba en los pleitos sobre derechos fundamentales.

B) Denegación de prueba. Nulidad de actuaciones

El Juzgado de lo Social que conoció en instancia del asunto impidió la práctica de la prueba de confesión del demandante y de la testifical señalada por la empresa demanda-

da, debidamente propuestas en el acto de juicio. La **STSJ de Valencia de 5 de julio de 2001,** I.L. J 2984, declara por ello la nulidad de la sentencia de instancia, con retroacción de las actuaciones al momento del acto del juicio.

8. SENTENCIA

A) Incongruencia

El Principio jurídico de la congruencia implica adecuar la parte dispositiva de la sentencia con lo solicitado en la demanda, de manera que para apreciar incongruencia tiene que existir un desajuste evidente entre el fallo y el suplico. En consecuencia, "(...) no incide en incongruencia una sentencia por estimar o desestimar una pretensión en base a fundamentos jurídicos distintos de los alegados (...)". Así lo ha entendido la **STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3158. Por su parte, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2001,** I.L. J 3330, con cita de múltiples sentencias del TC, declara la nulidad de la sentencia de instancia al entender que la misma incurre en un vicio de incongruencia omisiva. La fundamentación jurídica de la sentencia impugnada carecía de razonamiento y motivación individualizada respecto de los extremos del debate, al haberse limitado la misma a emitir un razonamiento "tipo" y no particularizado del supuesto enjuiciado. La **STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2001,** I.L. J 3337, declara la nulidad de la sentencia de instancia, por haber omitido "(...) tanto en el relato de hechos probados como en la fundamentación jurídica, de elementos de juicio relevantes a los efectos del fallo, que hace imposible hallar el razonamiento jurídico que a conducido al magistrado *a quo* a tal decisión (...)".

B) Hechos probados

a) Incidencia del previo proceso contencioso-administrativo

La **STSJ de Aragón de 2 de noviembre de 2001,** I.L. J 3171, declara que, aun cuando "(...) unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (...)", el juzgado de lo social no puede, sin más, considerar vinculantes aquellos hechos que se consideraron probados en el proceso contencioso-administrativo previo, si en éste no fue parte una sociedad demandada en el procedimiento seguido ante el orden social. Lo contrario implicaría causar indefensión a dicha parte. Por ello, la sentencia dictada en el orden contencioso-administrativo debe sólo valorarse como una prueba más, pero sin considerar vinculante el *factum* en ella recogido.

b) Insuficiencia

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3256, declara la nulidad de la sentencia de instancia; y ello por cuanto el relato fáctico de la misma resulta insuficiente, al carecer de datos esenciales para que la Sala pueda resolver la *litis* con plenitud de conocimiento. Del mismo modo, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de octubre de 2001,** I.L. J 3236, declara la nulidad de la sentencia de instancia debido a la

insuficiencia de los hechos probados; el relato fáctico de la sentencia impugnada hace continua referencia a los documentos obrantes en autos, dándolos por reproducidos, sin que el juzgador recoja lo que entiende que realmente aconteció a la luz de la prueba practicada. Igualmente, esta sentencia es crítica con la técnica de dar por reproducidos documentos enteros en la redacción de los hechos probados, razonando que esto "(...) produce un desplazamiento de la valoración de la totalidad de la prueba al juzgador *ad quem* algo que es absolutamente incompatible con la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación (...)".

c) Hechos probados en procedimiento anterior

La **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3326, analiza un supuesto en el que la empresa demandada alega la existencia de un pacto verbal alcanzado con un Sindicato, a fin de hacer valer sus pretensiones. La sentencia declara que "(...) los hechos probados en otro procedimiento anterior no vinculan en éste donde además no se ha practicado prueba alguna sobre este extremo (...)."

C) Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

La **STC 151/2001, de 2 de julio**, (recurso de amparo 1957/1997), I.L. J 2771, estima el amparo solicitado por la trabajadora recurrente contra la sentencia de suplicación, por entender que la misma vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia impugnada declaró la inexistencia de vínculo laboral en un procedimiento de solicitud de resolución contractual al amparo del artículo 50 ET. El TC estima que esta decisión vulnera el principio de seguridad jurídica, por cuanto se había dictado previamente un pronunciamiento en un proceso de despido entre las mismas partes en el que se declaró la subsistencia de la relación laboral. Es muy descriptivo el TC en su razonamiento, con cita de múltiples sentencias: "(...) Afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia no es posible separarse luego de ellos sin acreditar razones y fundamentos que justifiquen tal apartamiento (...) no puede admitirse que algo es y no es (...) y es claro que unos hechos idénticos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica (...). Es evidente que la situación jurídica de la ahora demandante en amparo concluyó en un verdadero punto sin retorno, toda vez que, cuando pretendió ejercitar su acción en reclamación de despido, vio cerradas las puertas a su inicial pretensión (...) sustentado en la afirmación de que su relación laboral todavía permanecía en vigor (...). Y, por otro lado, cuando posteriormente intentó ejercitar, con apoyo en el anterior pronunciamiento, una acción rescisoria de su contrato (...) vio nuevamente cerrada toda posibilidad de alcanzar el triunfo de su pretensión (...)".

9. AUDIENCIA AL REBELDE. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO

La **STS de 26 de diciembre de 2001,** I.L. J 2906, declara la inadecuación del procedimiento de audiencia al rebelde para conocer de la solicitud de nulidad de sentencia

firme. En el caso enjuiciado, la empresa demandada no se encontraba en una situación de rebeldía, sino que existieron defectos de forma en la citación al acto procesal que le causaron indefensión. En consecuencia, y al amparo de lo previsto en el artículo 240 de la LOPJ, el cauce adecuado para atender a la pretensión de nulidad de la sentencia es el del incidente de nulidad de actuaciones.

10. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES. EXTRAVÍO DEL ESCRITO DE IMPUGNACIÓN EN LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN

La **STSJ de La Rioja de 20 de septiembre de 2001,** I.L. J 2729, declara la nulidad de las actuaciones, reponiéndolas al momento inmediatamente anterior de dictarse sentencia de suplicación y ello, por cuanto habiéndose formulado en tiempo y forma la impugnación al recurso de suplicación interpuesto, la Sala dictó sentencia en la que se hacía constar que dicho recurso "(...) no fue impugnado en tiempo hábil (...)". El TSJ toma en consideración lo establecido por el TC en Sentencia 49/1992, de 2 de abril, en la que se razona que existe una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si la Sala limita su conocimiento a lo manifestado en el recurso, obviando absolutamente las consideraciones puestas de manifiesto en el escrito de impugnación. Igualmente y con fundamento en la STC 231/1992, de 14 de diciembre, que analiza un caso idéntico al enjuiciado en el que también se había extraviado el escrito de impugnación, se declara la vulneración del principio de contradicción, al haberse impedido a una de las partes "(...) alegar cuanto crea oportuno en su defensa o replicar dialécticamente las posiciones contrarias (...)".

11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Ofrecimiento y depósito

La **STSJ de Valencia de 26 de julio de 2001,** I.L. J 2994, razona sobre la limitación del cómputo de los salarios de tramitación en interpretación de lo dispuesto en el artículo 56.1 del ET. Citando las SSTS de 4 de marzo de 1997 y de 27 de abril, 30 de septiembre y 29 de diciembre de 1998, se declara que para que la cuantía de los salarios de tramitación quede limitada a la fecha del acto de conciliación, no puede incluirse en la oferta empresarial de forma global el saldo y finiquito, ya que de esta forma se adiciona al litigio una cuestión nueva y ajena al mismo, respecto de la que no se puede exigir conformidad o rechazo al empleado. De otro lado, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3261, con cita de las SSTS de 11 de noviembre de 1998 y 24 de abril de 2000, declara que sólo en el caso de que en el ofrecimiento y consignación se haya incurrido en un error excusable, deben aceptarse las consecuencias de limitación de los salarios de tramitación establecidas en el ET. Por el contrario, cuando exista una insuficiencia notable, carente de justificación, en la cuantía objeto de ofrecimiento (y no una simple disidencia más o menos lógica entre las partes), no puede producirse ese efecto limitativo.

B) Despido por causas objetivas. Preaviso y salarios de tramitación

En un procedimiento de despido por causas objetivas, en el que se declara la nulidad del mismo, la **STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001,** I.L. J 2929, razona sobre si el empleado está obligado a reintegrar a la empresa la cantidad abonada en concepto de preaviso y no sólo la indemnización. Declara esta sentencia que el trabajador ha cobrado cantidades por dos conceptos (salarios de tramitación y preaviso) que en este caso son forzosamente incompatibles, produciéndose un enriquecimiento injusto, todo ello por cuanto el abono del preaviso tiene como objeto subvencionar al trabajador para la búsqueda de un nuevo empleo y en el caso analizado este pago carece de sentido al seguir permaneciendo en la empresa. Sin embargo, las **SSTSJ de Madrid de 4 y 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3128 y 3133, declaran que la improcedencia de un despido por causas objetivas da lugar al abono de los salarios de tramitación, sin que de estos puedan deducirse los correspondientes al período de preaviso, y ello, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 123.2 de la LPL.

C) Contrato de duración determinada

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 2775, se pronuncia igualmente sobre la limitación de los salarios de tramitación. En el caso enjuiciado, el trabajador despedido fue contratado para la realización de servicios de prevención y extinción de incendios forestales sobre la base de un acuerdo alcanzado por la empleadora y el Cabildo de Tenerife. Habiéndose acreditado que dicho acuerdo preveía que el plazo de ejecución del servicio finalizaba en octubre de 2000, el TSJ declara que los salarios de tramitación no pueden exceder dicho plazo, por cuanto el contrato se hacía depender de factores ajenos a la voluntad de las partes.

D) Límite temporal. Nulidad de la sentencia dictada en la instancia

La **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3076, razona sobre el límite temporal de los salarios de tramitación en un supuesto en el que la sentencia de instancia fue anulada por la Sala. Mantiene la empresa recurrente que esos salarios deben quedar limitados a la fecha en la que se ejercitó la opción por la indemnización, con fundamento en la primera sentencia posteriormente anulada. El TSJ no estima dicha argumentación y declara que la nulidad de la primera sentencia implica la nulidad de todos los actos posteriores a ésta, entre los que se encuentra el ejercicio de la opción. Así, los salarios de tramitación habrán de satisfacerse hasta la fecha en la que se notificó la segunda sentencia de instancia que declaró nuevamente la improcedencia del despido.

E) Incapacidad Temporal

La **STSJ de Baleares de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3120, con fundamento en una consolidada doctrina jurisprudencial dictada en unificación de doctrina, declara que al hallarse el trabajador demandante en situación de IT no deben fijarse salarios de trami-

tación. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001,** I.L. J 3325.

F) Descuentos por otro empleo. Carga de la prueba

La acción contra el despido pretende la declaración de su improcedencia o nulidad con las consecuencias legales establecidas en el artículo 56 del ET, sin necesidad de que éstas sean instadas por el trabajador, por cuanto las mismas derivan de la conducta antijurídica del empresario. Ésta es la premisa de la que parte la **STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3252, a fin de concluir que si la empresa pretende reducir la cuantía de los salarios de tramitación, deberá demostrar no sólo que el empleado despedido ha trabajado en otra empresa durante el proceso, sino asimismo el salario que haya recibido por dichos servicios.

12. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Naturaleza y objeto

La **STSJ de Extremadura de 9 de noviembre de 2001,** I.L. J 2825, desestima el recurso de suplicación al entender que su objeto no es revisar el proceso en toda su dimensión sino tan sólo las cuestiones que, entre las litigiosas, acoten las partes. Por ello, un recurso que sólo pretenda la revisión de los hechos probados no puede prosperar. En términos similares se expresan la **STSJ de Galicia de 12 de diciembre de 2001,** I.L. J 3087, y la **STSJ de Valencia de 22 de junio de 2001,** I.L. J 2707, que, reiterando jurisprudencia consolidada del TC, considera que el recurso de suplicación no es un recurso ordinario, sino extraordinario y de objeto limitado, en el que el tribunal no puede valorar toda la prueba practicada, ni revisar el derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes. La **STSJ de Asturias de 7 de diciembre de 2001,** I.L. J 3206, establece que es inadmisible la suplicación para solicitar la condena de un litisconsorte y no la absolución del recurrente, cuando éste no ha ejercitado acción alguna contra su codemandado; según la sentencia, esta pretensión es propia de un proceso nuevo ajeno por completo al sustanciado en las actuaciones.

B) Legitimación activa. Sentencia absolutoria

Afirma la **STSJ de La Rioja de 20 de diciembre de 2001,** I.L. J 2981, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, impone que pueda recurrir en suplicación la parte que no ha sufrido gravamen con el fallo, siempre que demuestre un interés legítimo en la correcta configuración de los hechos probados en la instancia.

C) Afectación general

La **STSJ de Baleares de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3300, recoge la doctrina general en esta materia señalando los siguientes requisitos. (i) afectación a un grupo significativo de personas; (ii) necesidad de alegación y prueba, salvo que exista un hecho noto-

rio o conformidad de las partes; (iii) la alegación y la prueba sólo podrán realizarse por la parte en la instancia y tener su reflejo en la sentencia; (iv) la conformidad de las partes sobre la afectación general puede ser rechaza por el juez; (v) la notoriedad debe ser alegada por la parte, no pudiéndose apreciar de oficio y ha de referirse al momento en que se dictó la sentencia de instancia y no a un momento posterior; (vi) en cuanto a los medios de prueba, se indica que cuando verse sobre prestaciones de carácter público de la Seguridad Social puede acudirse a certificaciones de los organismos o a la confesión de éstos vía informe, y, en materia laboral, bastará que lo certifiquen los servicios de conciliación aparte de la confesión de la empresa, y (vii) el órgano de suplicación debe controlar de oficio su competencia funcional valorando para ello la prueba practicada si ello fuere preciso.

D) Falta de consignación. Despido

La falta de consignación de la cantidad total objeto de la condena, incluida la relativa a los salarios de tramitación, es un defecto insubsanable que no puede ser validado por consignación posterior, ni siquiera a instancia del juzgado de instancia, según afirma la **STSJ del País Vasco de 29 de noviembre de 2001,** I.L. J 2857.

E) Improcedencia por razón de la materia. Clasificación profesional

La **STSJ de Murcia de 26 de noviembre de 2001,** I.L. J 2679, afirma la irrecurribilidad de las sentencias en materia de clasificación profesional, señalando que habría acceso al recurso únicamente cuando se pretendiese el mero reconocimiento de las diferencias retributivas, derivadas de la realización de tareas correspondientes a funciones de categoría superior. En términos similares se expresa la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de octubre de 2001,** I.L. J 2742.

F) Contra Autos

La **STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2001,** I.L. J 3305, establece los siguientes requisitos para la suplicación frente a Autos dictados en ejecución de sentencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 189.2 de la LPL: (i) que la sentencia ejecutoria sea recurrible en suplicación; (ii) que el Auto resuelva puntos sustanciales no controvertidos, puntos no decididos en la sentencia, o contradiga lo ejecutoriado, y (iii) que se trate de Autos dictados después de iniciada la ejecución, pero no el inicial, que decreta dicha ejecución o la deniega.

13. RECURSO DE QUEJA. PRESENTACIÓN

Según declara el **Auto del TSJ del País Vasco de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3151, en caso de presentación del Recurso de queja en el siguiente día hábil a aquel en que vence el plazo, éste ha de presentarse ante el órgano judicial al que va dirigido, no sien-

do válida su presentación ante el Juzgado Decano, y ello, en aplicación del artículo 135.1 de la vigente LEC.

14. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Contradicción: requisitos procesales y materiales

La **STS de 14 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2878, desestima un recurso de casación al considerarlo defectuoso por no hacer constar en el escrito de interposición el núcleo básico de la contradicción, considerando además este defecto como insubsanable. La **STS de 22 de noviembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 3365, admite la idoneidad de la sentencia de conflicto colectivo para ser comparada con la recaída en procesos individuales a efectos de acreditar el requisito de la contradicción. Por su parte, la **STS de 12 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2875, señala que la sentencia de contraste ha de tener la condición de firme y que la firmeza de la misma ha de haberse producido antes de la publicación de la sentencia recurrida.

B) Falta de motivación

La **STS de 18 de septiembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 3360, desestima el recurso de casación por no constar de manera expresa y clara la infracción legal o jurisprudencial en que puede incurrir la sentencia recurrida. En términos similares se expresan las **SSTS de 27 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 3376, y **de 20 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 3372, que señala que no basta con que consten los preceptos que se consideren aplicables, sino que es necesario razonar sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones denunciadas.

15. RECURSO DE REVISIÓN

A) Documento recobrado

La **STS de 5 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2859, afirma que para fundar este recurso se requiere que (i) se trate de un documento retenido por la contraparte o por fuerza mayor; (ii) ese documento debe ser decisivo para la solución del proceso; (iii) no pueden ser considerados como documentos recobrados los posteriores a la sentencia de cuya revisión se trata. La **STS de 7 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2861, señala que la sentencia meramente procesal, no de fondo, no es idónea a efectos de revisión, ya que sobre ella no es posible decir "que se ha ganado mediante fraude", pues nada decide sobre las pretensiones de las partes.

B) Maquinación fraudulenta

La **STS de 24 de septiembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2723, declara improcedente la revisión pretendida por el recurrente y fundada en la maquinación fraudulenta de la actora –consistente en la ocultación deliberada del real domicilio de la empresa deman-

dada–. Citando, entre otras, la STS de 12 de junio de 2000, se afirma que no puede considerarse conducta maliciosa señalar como domicilio de la empresa el que consta, no sólo en el contrato de trabajo, sino también en la carta de despido.

16. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO VÍA JUDICIAL ORDINARIA

La **STC 133/01, de 13 de junio** (recurso de amparo 165/1997), I.L. J 2766, niega el amparo solicitado al entender que no se agotó la vía judicial previa. Con fundamento en una reiterada doctrina, el TC razona que sólo puede entenderse agotada la vía judicial previa, cuando los medios de impugnación pertinentes y útiles se hayan interpuesto en tiempo y forma, es decir, no agota esa vía previa la interposición de un recurso que no cumpla los requisitos procesales exigibles, por cuanto en tal caso el tribunal *a quem* no podrá resolver el fondo del asunto, no pudiendo el TC en tales circunstancias reparar la lesión que, en su caso, pudiera ser después susceptible de amparo.

17. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Sentencias no ejecutables

La **STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3152, señala que la sentencia firme por la que se declara, a instancia de la Mutua, no haber lugar a la revisión de grado invalidante, es una simple sentencia declarativa y no de condena, de modo que no puede ser directamente ejecutada, debiendo la Mutua reclamar la cantidad abonada previamente a la TGSS mediante el procedimiento declarativo correspondiente, y no en fase de ejecución de la primera sentencia. La **STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2001,** I.L. J 3203, establece que la ejecución de sentencia no es el trámite adecuado para corregir los errores en que haya podido incurrir ésta, máxime cuando la propia parte perjudicada los consintió, al no interponer los recursos oportunos. Si bien la sentencia de instancia declara el pretendido derecho del demandante, no realiza pronunciamiento alguno de condena, por lo que se entiende correcta la decisión del juzgado de instancia de denegar la ejecución solicitada.

B) Prejudicialidad penal

La **STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 2001,** I.L. J 2973, establece que en materia de suspensión de ejecución (en este caso, de un acuerdo alcanzado en conciliación extrajudicial) por prejudicialidad penal es de aplicación el criterio más restrictivo de los artículos 4.4. y 242.1 de la LPL frente al más amplio establecido en el artículo 569.1 de la LEC, de modo que es necesario que la causa penal se siga por el delito de falsedad documental en el título ejecutivo, y que la falsedad se haya producido después de constituido el título. En el presente supuesto, no procede suspender la ejecución de dicho acta de conciliación, que constituye el título ejecutivo, por cuanto la querella interpuesta no lo ha sido por delito de falsedad, sino por estafa y apropiación indebida.

C) Legitimación pasiva. Sucesión de empresa

La **STS de 11 de octubre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 3363, dictada en recurso de casación, reitera la posibilidad de valorar en ejecución de sentencia la existencia de sucesión empresarial, si concurren los requisitos del artículo 44 del ET y ésta se da después de la existencia del título ejecutivo, es decir, de la sentencia de instancia. En términos idénticos se expresa la **STSJ de Cantabria de 31 de diciembre de 2001,** I.L. J 3219.

D) Intereses

La **STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2001,** I.L. J 3081, establece que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 921 de la LEC de 1881, la cantidad líquida a cuyo pago condene una sentencia, aunque ésta se dicte en suplicación, genera intereses desde el momento en que se dicta dicha sentencia y hasta su total ejecución. La **STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2001,** I.L. J 2647, señala que para el devengo de intereses es necesario que la ejecutoria condene al pago de cantidad líquida, de modo que si ésta no lo hace y contiene una simple declaración de condena sin cuantificar el importe de la indemnización, sólo desde el momento en que ésta quede fijada, incluso por el propio ejecutante a requerimiento del juzgado, se entiende el devengo de intereses. La **STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2001,** I.L. J 2821, recogiendo la doctrina sentada al respecto por el TC (STC 114/1992, de 14 de septiembre) y por el TS (STS de 11 de febrero de 1997) señala que el hecho de que la parte recurrente consigne la cantidad a cuyo pago es obligada por la sentencia de instancia, no supone que la citada cantidad no devengue intereses hasta el momento del pago efectivo al demandante, y ello porque los intereses se devengan por ley, según artículo 921.4 de la LEC de 1881 y el artículo 576 de la vigente LEC.

E) Irrenunciabilidad de derechos

La **STSJ de Extremadura de 11 de diciembre de 2001,** I.L. J 3111, establece que son irrenunciables los derechos reconocidos al trabajador por sentencia firme, de modo que incluso después de realizar la transacción, éste puede instar la ejecución completa, sin que frente a él tenga validez la alegación que frente a ella haga el ejecutado.

F) Despido. Lanzamiento de vivienda

La **STS de 11 de diciembre de 2001,** Sala Cuarta, I.L. J 2866, establece que, en fase de ejecución de la sentencia de despido, no procede judicialmente el lanzamiento de la vivienda ocupada por una trabajador cuya relación laboral se ha extinguido por despido, ni siquiera por vía incidental del artículo 236 de la LPL, cuando en el proceso por despido no se ha alegado este hecho, ni constatado por la parte, ni reconocido por la propia sentencia la concurrencia del requisito de que la ocupación de la vivienda esté vinculada causalmente con el trabajo. En este caso, afirma la sentencia, el desalojo de la vivienda sólo podrá obtenerse en un nuevo proceso, en el que previa audiencia de las partes se resuelva sobre su ocupación.

18. TEMERIDAD Y MALA FE

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 2661, exige que la multa por temeridad o mala fe tenga una motivación explícita en la sentencia que, en todo caso, debe hacer referencia a la conducta procesal de los sancionados, no siendo posible la imposición de dicha sanción por actos de naturaleza extraprocesal. Tampoco puede imponerse la mencionada sanción, conforme se indica en la **STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001,** I.L. J 3127, por la simple inasistencia al acto de conciliación previa ante el órgano administrativo competente.

Lourdes Martín Flórez
Mario Barros García
Jose María Oliva Domínguez
Juan Reyes Herrero

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. El Comité de Seguridad y Salud. A) Designación de sus miembros: no existe violación de la libertad sindical. **2. Los delegados de prevención.** A) Disfrute del crédito horario. **3. El deber de vigilancia en materia de prevención de riesgos laborales.** A) Alcance. **4. La imposición de sanciones ante la ausencia de medidas de seguridad.** A) Graduación de las sanciones: calificación de muy graves. B) Determinación de la cuantía económica de la sanción. C) Proporcionalidad de la sanción. D) Vulneración del principio de igualdad: inexistencia. **5. El recargo de prestación.** A) Determinación del nexo causal adecuado. B) Ruptura del nexo causal por causa imputable al trabajador. C) Imprudencia no temeraria del trabajador. D) Presunción de veracidad de las actas de la inspección de trabajo. **6. La responsabilidad del empresario en materia de prevención de riesgos laborales.** A) Delimitación. B) Inexistencia de culpa extracontractual. C) Requisitos: concurrencia de culpa por parte del empresario. D) Contrata y subcontrata: delimitación de la responsabilidad administrativa y laboral.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en las crónicas 13 a 16 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2627 a 3406, año 2002).

En cuanto al contenido de las Sentencias, las novedades más significativas radican en el disfrute del crédito horario por parte del Delegado de Prevención, en los criterios de graduación y aplicación de las sanciones ante el incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales, y la delimitación entre la responsabilidad administrativa y laboral en la contrata y subcontrata de mano de obra o servicios.

1. EL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD

A) Designación de sus miembros: no existe violación de la libertad sindical

La **SAN de 21 de noviembre de 2001,** I.L. J 3057, versa sobre la composición del Comité de Seguriad y Salud regulada en el art. 38 LPRL. Este precepto, como ya es conocido, no se pronuncia sobre los criterios que han de regir la designación de los Delegados de Prevención que tienen que formar parte del mismo. Frente a las reivindicaciones de los sindicatos, en pos de la aplicación del principio de proporcionalidad, los Tribunales han rechazado tal pretensión sin que ello suponga un atentado al derecho fundamental a la libertad sindical.

En este sentido, la sentencia trae a colación el Auto del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 2000, que sostuvo la tesis de la inaplicación del principio de proporporcionalidad en la elección de miembros o delegados de prevención para el Comité de seguridad y salud sin que ello ataque la libertad sindical. Así, el Alto Tribunal entiende que la libertad sindical no ampara un indiscrimado derecho del sindicato a ser integrado en cualquier órgano de representación y en toda circunstancia. Desde esta perspectiva, no toda exclusión o minoración de la capacidad de actuación de un sindicato determina automáticamente una vulneración de la libertad sindical sino únicamente cuando la misma realmente incida en sus derechos y la reducción se produzca de un modo arbitrario, antijurídico, carente de justificación y en materias negociadoras.

2. LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN

A) Disfrute del crédito horario

La **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2001,** I.L. J 3077, analiza el disfrute del crédito horario por parte del Delegado de Prevención en el ejercicio de sus funciones representantivas y, en concreto, sobre la forma de compensar las horas que la empresa le redujo indebidamente de su crédito horario.

Así, frente a la pretensión del representante que solicitaba, durante la ejecución provisional de la Sentencia, la compensación económica de las horas correspondientes al crédito horario, el Tribunal entiende que la misma no procede en base a lo dispuesto en el art. 37 LPRL que se remite al art. 68 ET. Según manifiesta el Tribunal, la garantía del crédito horario va unida al cargo representativo por lo que no cabe otorgar el crédito a quienes han cesado en sus funciones representativas ni tampoco otorgarles una compensación económica en sustitución del crédito horario en esta fase de ejecución de sentencia.

3. EL DEBER DE VIGILANCIA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Alcance

En la **STSJ de Baleares de 13 de noviembre de 2001,** I.L. J 3299, se delimita el alcance del deber de vigilancia del empresario en materia de prevención de riesgos laborales. Así, el Tribunal mantiene que dicho deber no puede extenderse a todos y cada uno de los actos que realicen los trabajadores y menos aún, como ocurre en el presente caso, cuando aquéllos llevan a cabo su tarea solos y fuera de la sede de la empresa.

4. LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ANTE LA AUSENCIA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Graduación de las sanciones: calificación de muy graves

El **TS en la Sentencia de 12 de noviembre de 2001,** I.L. J 2763, ratifica la calificación de muy grave a una infracción impuesta ante la ausencia de las medidas de seguridad, aunque rebaja el grado máximo de la misma.

Para ello, el órgano jurisdiccional tiene en cuenta la diferencia existente entre infracción grave y muy grave, que radica en la eminencia del riesgo que para la integridad física de los trabajadores representa las condiciones en que se realiza el trabajo y el riesgo que conlleva. Pues bien, en este caso el Tribunal entiende que dichos requisitos concurren para calificar el incumplimiento como muy grave ante el peligro al que quedaron expuestos los trabajadores por la ausencia de las medidas de seguridad correctas.

En cuanto a la imposición del grado máximo de la sanción muy grave, el TS entiende que no es correcta ya que la misma ha de establecerse teniendo en consideración el número de trabajadores afectados por los daños ocasionados y si la falta de precauciones se extendió o no a toda la plantilla. En este caso considera que no se ha producido ya que los trabajadores afectados fueron dos por lo que procede imponer la falta muy grave en su grado medio.

B) Determinación de la cuantía económica de la sanción

En la **STS de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 2835, el Tribunal señala que uno de los factores que hay que tener en cuenta para graduar las sanciones económicas por incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo es la capacidad económica del infractor. Así:

> "(...) la capacidad económica del infractor constituye uno de los factores que el principio de individualización de la sanción aconseja considerar, si ésta es de carácter económico, para determinar su cuantía".

C) Proporcionalidad de la sanción

En la **STS de 3 de diciembre de 2001,** I.L. J 2834, el Tribunal analiza si la sanción impuesta ante el incumplimiento de las medidas de seguridad es proporcional. El Tribunal estima que, a pesar de que la ausencia de medidas afectó únicamente a un trabajador y la situación era transitoria, el hecho de que la misma existiese implicaba un riesgo potencial para todos ellos por lo que entendió que la calificación de muy grave de la sanción era correcta.

D) Vulneración del principio de igualdad: inexistencia

En la **STS de 3 de diciembre de 2001,** I.L. J 2834, el Tribunal considera que no existe violación del principio de igualdad ante las distintas sanciones económicas impuestas a la empresa principal y a la subcontratista. El TS fundamenta su decisión en que las conductas sancionadas no son idénticas pues en un caso consiste en la ausencia de medidas de seguridad en toda la obra y en el otro en el riesgo para un solo trabajador.

Esta misma cuestión es tratada en la **STS de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 2835. En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo afirma que la diferente sanción económica impuesta a la empresa principal y a la subcontratista se fundamenta en el carácter directo de la responsabilidad del empresario principal en relación con la del subcontratista. Por ello, no existe un tratamiento desigual ya que, en palabras del Tribunal:

> "(...) no estamos ante una misma y única responsabilidad, sino ante dos bien diferenciadas, que surgen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones propias de cada empresario".

5. EL RECARGO DE PRESTACIÓN

A) Determinación del nexo causal adecuado

En las **SSTSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2001,** I.L. J 2816, **de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3062 **y de 20 de diciembre de 2001,** I.L. J 3223, se hace referencia a uno de los requisitos fundamentales para imponer el recargo de prestaciones, que no es otro que la existencia de un nexo causal adecuado entre el resultado lesivo para la vida o integridad de los trabajadores y la conducta pasiva del empresario consistente en omitir las medidas de seguridad obligatorias.

Como ya es sabido, este nexo causal se rompe, lo que exime de responsabilidad al empresario, cuando el evento se produce de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin que conste el incumplimiento empresarial de alguna norma de prevención. Para ello habrá que atender a las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empresario con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar un ries-

go para la vida o salud de los trabajadores. Esta doctrina es consecuencia de la aplicación de los arts. 4.2. y 19 del ET, del art. 15 CE, y de los arts. 1104 y 1902 del CC.

B) Ruptura del nexo causal por causa imputable al trabajador

En la **STSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2001,** I.L. J 2816, se analiza la aplicación del recargo de prestaciones a un supuesto en el que concurre un descuido o falta de atención del propio trabajador accidentado. En relación con este aspecto, y aceptando la pretensión empresarial de que el nexo causal quedó roto por la conducta del trabajador, el Tribunal recuerda que se impone al empresario la obligación de garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos, sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores.

Sin embargo, a la hora de aplicar el recargo de prestaciones, y teniendo en cuenta su naturaleza punitiva, con carácter previo hay que demostrar que se ha producido, por una parte, una infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo, y, por otra, que el resultado lesivo o dañoso está ligado en lógica relación de causalidad con aquélla.

En este caso concreto, el Tribunal estima que no procede imponer el recargo ya que:

> "(...) el accidente se produjo por un descuido o falta de atención del propio trabajador accidentado, sin que quepa atribuir responsabilidad a la empresa que no ha de velar en cada momento concreto de la normativa de seguridad y sí dotarle de los elementos adecuados para la prevención del riesgo que la actividad específica requiere".

C) Imprudencia no temeraria del trabajador

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2001,** I.L. J 3379, se determina la existencia de responsabilidad empresarial por la falta de medidas de seguridad a pesar de concurrir una eventual distracción o imprudencia no temeraria del trabajador.

El Tribunal fundamenta su opinión en el art. 14 LPRL, que reconoce a los trabajadores el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo que supone un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. En esta materia, este deber general de protección se traduce en un particular deber de prevención sujeto a los principios generales del art. 15 LPRL entre los que cabe destacar tanto la evitación del riesgo como la evaluación preventiva de los mismos, adoptando las medidas que sean necesarias en cada caso que deben contemplar las distracciones o imprudencias no temerarias que pudieran cometer los trabajadores.

D) Presunción de veracidad de las actas de la inspección de trabajo

La **STS, de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 2835, mantiene que el valor probatorio del acta del Inspector de Trabajo no alcanza a los juicios de valor. En este caso, el Tribunal no admite la afirmación del Inspección de la inminencia del riesgo ni tampoco la apreciación

de una ausencia generalizada de medidas de seguridad puesto que ambas circunstancias no están acreditadas ni en el acta ni en ningún otro lugar del expediente.

Esta misma cuestión es analizada por la **STSJ de Cataluña de 10 diciembre de 2001,** I.L. J 3062. En ella se afirma que:

> "(...) el valor y fuerza probatoria de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social queda centrada en los hechos que, por su objetividad, son susceptibles de percepción directa por parte del Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por otros medios de prueba consignados en la propia acta (...) es decir (...) a las circunstancias del caso y a los datos que han servido para su elaboración, no a las apreciaciones globales, juicios de valor, o calificaciones jurídicas".

En este sentido, el Tribunal ratifica la presunción *iuris tantum* de que gozan las actas de la Inspección que desplaza a quien perjudica la carga de probar los hechos que no se ajustan a la realidad.

6. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Delimitación

La **STSJ de Galicia de 7 de diciembre de 2001,** I.L. J 3086, afirma que la responsabilidad del empresario frente al trabajador cuando se vulneran las normas de seguridad en el trabajo tiene su cauce específico en el recargo de prestaciones regulado en el art. 123 LGSS con independencia de que pueda existir también un ilícito civil o penal. En este sentido, y trayendo a colación la Sentencia del TS de 30 de septiembre de 1997, el Tribunal recuerda que:

> "(...) el daño producido por un accidente de trabajo puede dar origen a diversos mecanismos de reparación, generando las correspondientes obligaciones para sujetos también distintos (...) de tal modo que si la responsabilidad del empresario es civil o criminal, el trabajador podrá exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables, debiendo plantear la acción ante el correspondiente orden jurisdiccional".

En cuanto a la concreta delimitación de la responsabilidad, el Tribunal afirma que cuando nos encontramos ante un ilícito laboral, motivada por la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de la costumbre, la responsabilidad ya no es civil sino laboral y, por lo tanto, el orden jurisdiccional social es competente para:

> "(...) conocer de los daños causados al trabajador por todas las conductas del empresario en que éste actúa como tal, con imputación de culpa, bien se plantee ésta como contractual o como extracontractual, dependiendo de la causa del daño producido".

Esta misma línea argumental la mantiene la **STSJ de Aragón de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3204. En este fallo, el Tribunal rechaza la idea de liberalización de la responsabilidad empresarial en función del aseguramiento del riesgo por accidente de trabajo, afirmando que no existe otro límite, por estricta aplicación del principio *alterum non laedere,* que el del total resarcimiento del damnificado.

Por ello, y a pesar de que este principio alcanza su máximo desarrollo en el sistema de responsabilidad extracontractual, el Tribunal entiende que puede invocarse en relación con la deuda de seguridad que el empresario tiene contraída con los trabajadores incluidos en su ámbito organizativo, en aplicación del deber empresarial de protección eficaz en esta materia.

B) Inexistencia de culpa extracontractual

El **STSJ de Galicia de 7 de diciembre de 2001,** I.L. J 3086, rechaza la pretensión de un trabajador para que se condene a una empresa por haber existir culpa extracontractual.

Para ello el Tribunal toma en consideración de la noción de culpa extracontractual del Derecho Civil:

> "(...) el actual no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, y que, si bien la responsabilidad extracontractual ha ido evolucionando (...) la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de causalidad adecuada, debiéndose valorar en cada caso concreto si el acto tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como causa necesaria, el efecto lesivo producido, necesidad que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad de la prueba, la inversión de la carga de la prueba (...) pues el cómo y el porqué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso".

En este caso concreto, el Tribunal entiende que no quedan acreditadas las circunstancias del accidente del trabajo ni tampoco que haya concurrido culpa o negligencia del empresario, ni que se hubieran infringido normas de seguridad, por lo que no puede hacerse responsable el empresario de la indemnización reclamada.

C) Requisitos: concurrencia de culpa por parte del empresario

En la **STSJ de Aragón de 10 de diciembre de 2001,** I.L. J 3204, se rechaza la existencia de responsabilidad civil derivada por accidente de trabajo, cuando ésta tenga su origen en la prestación contractual debida por el trabajador al empresario, si no concurre culpa empresarial. En este sentido se exige:

> "(...) un actuar negligente del empresario con relación a sus deberes de seguridad que son de medios y no de resultados, en el sentido de que el empresario no puede garantizar que el accidente de trabajo no se vaya a producir, bien por el acontecimiento de circunstancias

absolutamente imprevisibles, bien por la interferencia de otros agentes en la gestación del daño".

En este supuesto concreto, el Tribunal entiende que no cabe apreciar por parte del empresario una actuación culposa o negligente. La ausencia de este requisito impide que se pueda solicitar una indemnización por responsabilidad civil sin que, por otra parte, sean aplicables los criterios de responsabilidad cuasiobjetiva o por riesgo, puesto que existe ya una norma específica en materia de seguridad social.

D) Contrata y subcontrata: delimitación de la responsabilidad administrativa y laboral

En la **STS de 20 de diciembre de 2001,** I.L. J 2835, se analiza la naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial existente en el caso de contratas y subcontratas. El Tribunal parte de la idea de que la presencia de trabajadores pertenecientes a la empresa contratista o subcontratista en el centro de trabajo de la empresa principal vincula a ambos empresarios en el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene, tanto desde la perspectiva de la organización del centro de trabajo, que incumbe a la primera, como desde la dirección de la activa, que corresponde a la segunda.

El Tribunal señala que la responsabilidad del empresario principal, regulada en el art. 42.2 LPRL, se funda en el principio de culpabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que se derivan de las facultades de organización del centro de trabajo siempre que se trate de actividades propias. Por lo tanto, se excluye la responsabilidad cuando la actividad en que tiene lugar el incumplimiento no es la propia del empresario principal o cuando el incumplimiento no se produce en el propio centro de trabajo. Ello demuestra que la responsabilidad del empresario principal se vincula a la obligación que se le impone de velar por las normas de seguridad e higiene en sus propios centros de trabajo y en la actividad que le es propia, incluso respecto de los trabajadores pertenecientes a las empresas contratadas o subcontratadas.

En cuanto a la responsabilidad administrativa en que pueda incurrir el empresario, en este caso por infracción de la ya derogada Ley 8/1988, nada obsta para que pueda ser calificada como directa siempre y cuando se cumplan los requisitos legales: por una parte, que la contrata o subcontrata sea de obras y servicios correspondientes a la propia actividad; y, por otra, que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista.

José Luis Goñi Sein
Margarita Apilluelo Martín
Rafael García López
Manuel González Labrada
Elisa Sierra Hernáiz

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

J. F. MARTÍNEZ SEPTIEN

La jubilación. Régimen jurídico y procedimiento para su cálculo (2.ª edición)

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 344 páginas]

LEX NOVA

La presente edición, adaptada a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, aborda el estudio, desde las vertientes teórica y práctica, de los conceptos fundamentales relativos a la pensión de jubilación definidos a través de un pormenorizado análisis jurídico de dicha prestación contributiva, siempre con el objetivo de clarificar los problemas derivados de su cálculo.

Para ello, su autor, José Fernando MARTÍNEZ SEPTIEN, funcionario de la Seguridad Social y profesor universitario, consigue aunar las tradicionales explicaciones teóricas con un gran número de ejemplos y ejercicios prácticos, que reflejan las diversas situaciones susceptibles de producirse cuando se trata de obtener la pensión, la fecha de efectos económicos, etc. Tampoco olvida este manual el cálculo de este tipo de pensiones para cada uno de los distintos Regímenes que componen el Sistema de la Seguridad Social.

Completan esta monografía dos apéndices, legislativo y jurisprudencial, recopilatorios, respectivamente, de la normativa y de la más reciente doctrina de los Tribunales aplicables a la materia estudiada.

Como complemento, este libro se acompaña de un CD-ROM cuya aplicación informática permite el cálculo de la pensión de jubilación.

Se trata, en definitiva, de un manual eminentemente práctico que facilita el estudio y la aplicación de la pensión de jubilación a todos los profesionales del Derecho y que deviene imprescindible en atención a la claridad y a la actualidad de los problemas y soluciones que se plantean.

A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA

Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 630 páginas]

LEX NOVA

Esta obra reproduce un estudio completo y sistemático de la doctrina y jurisprudencia sobre uno de los temas tradicionalmente más litigiosos del Derecho Laboral español: la extinción del contrato de trabajo en todas sus vertientes.

El libro contiene cinco capítulos en los que se abordan los principales problemas del despido disciplinario como régimen común de la extinción del contrato de trabajo, especialmente atendiendo al acto empresarial de despido, en lo relativo a la forma, prescripción, garantías, tratamiento de los despidos sucesivos, etc., a la impugnación del despido por el trabajador, fija-

ción del término y plazo de caducidad, coordinación con la resolución del contrato, a la calificación judicial del despido y sus efectos en orden a la readmisión, la indemnización y los salarios de tramitación.

Los problemas procesales del despido son objeto también de tratamiento específico examinando tanto los aspectos relativos a la jurisdicción y objeto del proceso como los que afectan a las partes, procedimientos y pruebas, los recursos y la ejecución. Se incluye, a su vez, el procedimiento especial de reclamación al Estado del pago de los salarios de tramitación.

En su anexo jurisprudencial se recoge de forma exhaustiva la jurisprudencia de unificación de doctrina desde 1991, año inicial de la unificación de doctrina, hasta 2001, con referencias a la doctrina anterior de la casación ordinaria; pero no se trata de una mera recopilación, sino de un estudio crítico y sistemático de la doctrina jurisprudencial en una materia concreta: la extinción del contrato de trabajo, que nos permite conocer y detectar los aciertos y los fallos del sistema normativo a la vez que proporciona soluciones.

I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (Coord.) y otros

Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo. Nuevo régimen jurídico del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 270 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía realiza un análisis de las importantes novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2002 en el sistema de protección por desempleo, como la supresión progresiva del subsidio agrario, la eliminación de los salarios de tramitación, la pérdida de la prestación por desempleo ante el rechazo de una oferta de empleo adecuada o la introducción del Programa de Renta Activa de Inserción para 2002.

Los estudios, realizados por especialistas de reconocido prestigio, sobre los distintos aspectos del citado Real Decreto-Ley constituyen, por tanto, una valiosa reflexión sobre las más relevantes novedades del nuevo régimen jurídico del despido y de los salarios de tramitación.

Esta monografía se complementa con una anexo legislativo, que recoge el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, y un anexo documental, que incluye las Instrucciones Provisionales del INEM para la aplicación de las modificaciones que introduce dicha norma.

Á. L. DE VAL TENA

El trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico

[Civitas, Madrid, 2002, 197 páginas]

LEX NOVA

En esta monografía se analiza sistemáticamente –tomando como punto de referencia su ámbito subjetivo– cada una de las leyes que, de forma más o menos extensa, han dedicado atención a los altos cargos, con la finalidad de completar el régimen jurídico-laboral vigente. Se parte de la aparición del personal directivo, como colectivo con características propias, y su inicial vinculación a la normativa civil y mercantil del momento hasta, finalmente, su configuración legal como relación laboral de carácter especial, con un régimen específico y separado del contrato común de trabajo.

Resulta obligado, considerando el sistema de fuentes que establece el Real Decreto 1382/1985, determinar qué normas de la legislación laboral común son aplicables a esta relación especial de trabajo, precisando cuál es su alcance, ya que –en principio– aquéllas, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo resultan de aplicación en los supuestos de remisión expresa desde el

citado Real Decreto o cuando así se haga constar específicamente en el contrato. Es más, al no ser de aplicación supletoria la legislación laboral común, habrá que identificar las leyes especiales o preceptos comunes que sí son aplicables a las relaciones laborales especiales, en general, o al contrato de alta dirección, en particular.

Aborda también el encuadramiento del personal de alta dirección en el sistema de Seguridad Social tras las últimas reformas legislativas y estudia los nuevos criterios de encuadre en el caso de que exista doble vinculación con la empresa en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Por su interés, la tarea investigadora que emprende y concluye con éxito el autor incorpora, novedosamente, un apartado específico dedicado al personal directivo laboral en el sector público –con atención singular a su presencia en los "Organismos públicos", las sociedades estatales de carácter mercantil y las fundaciones públicas sanitarias– y repara, asimismo, en el encuadramiento de los altos directivos en el Régimen General de la Seguridad Social tras las últimas reformas legislativas.

VV. AA.

La externalización de actividades laborales *(outsourcing)*: una visión interdisciplinar

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 371 páginas]

LEX NOVA

La externalización de actividades laborales supone encargar a una empresa especializada la realización de determinadas funciones o actividades empresariales, descentralizando de este modo el ciclo productivo y concentrando todos los recursos empresariales en las actividades que configuran el corazón del negocio. Todo esto se lleva a cabo a través de la ya citada contrata y mediante la creación de nuevos contratos que se estudian y analizan en este manual.

Aparentemente, el *outsourcing* es un mecanismo de significado exclusivamente laboral. Sin embargo, nacido normalmente de un contrato mercantil, tiene, además, múltiples derivaciones en cuanto que puede dar lugar a un haz complejo de responsabilidades civiles, penales y laborales, cuya articulación procesal es compleja. Además, se trata de un fenómeno de transcendencia internacional.

La actividad interdisciplinar desplegada en esta obra responde fielmente al concepto expuesto por lo que ha sido evidente la participación de saberes de Derecho Laboral, Mercantil, Civil, Penal, Internacional y Procesal. Seis disciplinas que asumen como desafío el diseccionamiento científico conjunto del *outsourcing*, y que sin duda su realización plena acarrea aún múltiples dificultades de coordinación de ideas y de conceptos. La historicidad del fenómeno jurídico ha llevado a la fragmentación de los conocimientos científicos, pero la realidad invita a romper con la especialización disciplinar para obtener una enseñanza más integral e interdisciplinar que facilite una perspectiva global.

Se incorpora al libro un epílogo donde se reflexiona por parte del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales sobre la necesidad de cambio en las relaciones laborales y en la protección social.

Se trata, en definitiva, de una obra colectiva que realiza un estudio sobre un tema de gran actualidad y creciente peso en las relaciones empresariales y laborales, que deviene imprescindible para los estudiosos del Derecho.

notas bibliográficas

L. DUEÑAS HERRERO

Los interlocutores sociales europeos

[Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 167 páginas]

LEX NOVA

En este libro, el profesor DUEÑAS HERRERO viene a completar la escasa bibliografía que sobre esta materia se ha venido produciendo en los últimos años, haciéndolo con la exhaustividad y rigor a la que nos tiene acostumbrados y ofreciendo al lector no sólo información sino también una sólida construcción jurídica.

El proceso de integración europea a lo largo de los últimos cincuenta años se define por la compleja participación en el mismo de una larga lista de agentes políticos, económicos y sociales, de entre ellos, los interlocutores sociales que han ido desarrollando un cada vez más extenso y profundo grado de actuación en las políticas sociales en la Europa comunitaria.

El presente libro estudia el modelo social europeo y su objetivo social prioritario cual es el empleo. Se hace una referencia a la importancia del diálogo social en el proceso de legislación pactada y se estudia más en profundidad alguna de las organizaciones interprofesionales más relevantes desde su creación hasta su estructura interna.

Se hace también una indicación a los resultados habidos en relación con el diálogo social comunitario, entre los que pueden citarse el acuerdo marco que sirvió de base a la Directiva 96/34/CE sobre el permiso parental, el acuerdo base de la Directiva 97/81/CE sobre el contrato a tiempo parcial o el acuerdo base de la Directiva 99/70/CE sobre los contratos de duración determinada.

A la exposición teórica se incorpora, además, para la mejor comprensión de la materia por el lector un anexo en el que se reproducen los artículos 136 a 140 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y el artículo 137 y el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 139 según la nueva versión del Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

J. Mª. SERRANO GARCÍA

El plan social en los despidos colectivos

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 482 páginas]

LEX NOVA

En este manual, Juana M.ª SERRANO, afronta el tratamiento monográfico de la institución del plan social, novedad introducida por la Ley 11/1994 en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, aunque sin darle tal denominación.

El objeto de este libro, pionero en el tema y de obligada consulta, es descubrir el sentido del Plan Social a través del análisis de su regulación legal y funcionamiento práctico en los expedientes de regulación de empleo tramitados tras la reforma de 1994, considerándolo actualmente, a diferencia de lo que sucedía en la normativa anterior, como el conjunto de medidas dirigidas a evitar, reducir o acompañar a los despidos.

En esta obra se abordan, tanto las notas o características de un plan social –diferenciándolo de un plan de viabilidad– como los problemas jurídicos que presenta su efectivo cumplimiento, en tanto que éste es responsabilidad plena del empresario.

Una vez analizada la naturaleza jurídica de esta obligación empresarial y su ámbito objetivo, se aborda el régimen jurídico del plan desde los sujetos legitimados en su elaboración, haciendo especial referencia a la obligación de consulta a los representantes de los trabajadores y en la participación del Estado en su financiación, para acabar analizando la estructura, contenido y fuentes jurídicas del Plan Social.

Uno de los grandes aciertos de la obra es que el Plan Social se aborda en íntima conexión con las causas de los despidos colectivos que son las que proporcionan el fundamento último de la institución analizada, puesto que el plan social no se estudia sólo como un aspecto formal del procedimiento de despido colectivo en determinadas empresas (una obligación legal que se inserta en un procedimiento administrativo), sino que se estudia como una tutela de carácter procedimental y preventivo ordenada a la reclasificación, readaptación o reconversión de los trabajadores afectados.

A la exposición teórica de la materia, la profesora SERRANO incorpora la resolución de cuestiones jurídicas concretas y de problemas prácticos, que ayudarán al lector a comprender mejor la materia objeto de estudio.